Gleichstellung der juristischen Person mit der dahinterstehenden natürlichen Person bei Aktiengesellschaften und Gesellschaften mit beschr. Haftung

Inaugural-Dissertation

zur Erlangung der Doktorwürde
der Juristischen Fakultät
der Ludwig-Maximilians-Universität zu München

vorgelegt von

Theodor von Zezschwitz
aus Dresden

1939

Verlag M. Dittert & Co., Dresden A 16, Pfotenhauerstraße 28/30

Hauptberichterstatter: Professor Dr. Hueck
Mitberichterstatter: Professor Dr. Blomeyer
Tag der Genehmigung: 24. 4. 1939

R. UNIV.
BIBLIOTHEEK
LEIDEN

Inhaltsverzeichnis.

Seite

Einleitung 7

Teil I: **Lehre und Rechtssprechung** 10

1. Die Einheitlichkeitstheorie 12
2. Gleichstellung bei inneren Tatsachen 16
3. Kritik der einzelnen Methoden 22
4. Kritik der Einheitlichkeitstheorie (Regel-Ausnahme-Behandlung) 25

Teil II: **Die Bedeutung der natürlichen Person in der Rechtspersönlichkeit der A. G. und G. m. b. H.** 31

I. Das Wesen der jur. Person 32
1. Das Wesen der Rechtsperson im allgemeinen 32
2. Das Problem der jur. Person bei der A. G u. G. m. b. H. . 34
3. Die zusammengesetzte Rechtsfähigkeit der jur. Person . . 40

II. Die Bedeutung der natürlichen Person 42
1. Die Mitglieder als Elemente der zusammengesetzten Rechtsfähigkeit 42
2. Die Rechtserheblichkeit der natürlichen Person 44
3. Die Ablehnung der Gleichstellung 47
4. Die Gleichstellung bei inneren Tatsachen 48
a) Die menschliche Individualität der jur. Person . . . 49
b) Die jur. Person als Rechtsform der Mitgliederschaft . 51
c) Die Lehre und Rechtssprechung 55
5. Die Stellung des Vorstandes 57
6. Beispiele 60

Teil III: **Die Rechtserheblichkeit innerer Tatsachen bei einem einzelnen Mitglied** 65

1. Die Natur der Frage 65
2. Die Zurechnung im geltenden Recht 70
3. Die Gleichstellung des herrschenden Gesellschafters 75
a) Der Beherrschungssachverhalt 75
b) Die Gleichstellung 78

Schluß 83

Literaturverzeichnis.

Binder, Julius: Das Problem der juristischen Persönlichkeit. 1907.
Böckel: Die beschränkte Haftung des Einzelkaufmanns. Jena Dis. 1933.
Brodmann: Aktienrecht, 1928. (Zit. Brodm.)
— G.m.b.H.-Recht 1930, 2. Aufl. (Zit. Brodm.)
Caspari: Die Einmann-Gesellschaft. Dis. 1928, Köln. (Zit. Casp.)
Dreher: Die G.m.b.H., ihr wirkliches Wesen und ihre wirtschaftliche Gestalt, 1931.
Fehr: Die Einmann-Gesellschaft, Dis. 1931, Bern.
Feine: Die G.m.b.H. In Ehrenbergs Handbuch, 3. Bd., 3. Abt. 1929.
Friedländer: Konzernrecht, 1927. (Zit. Friedl.)
Gierke, Jul. v.: Handelsrecht, 3. Aufl., 1929.
Gierke, Otto v.: Das Wesen der menschlichen Verbände, 1902.
— Deutsches Privatrecht, 1895 (in Bindings Deutsche Rechtsw.), 2. Abt., 3. Teil, 1. Bd.).
— Genossenschaftstheorie, 1887.
Griebel: Die Einmann-Gesellschaft; gesellschaftsrechtliche Abhandlungen Heft 22, 1933. (Zit. Grieb.)
Geiler: Die wirtschaftlichen Strukturwandlungen und die Reform des Aktienrechts; gesellschaftsrechtliche Abhandlungen, Heft 6, 1927.
Hachenburg: G.m.b.H.-Kom., 5. Aufl., 1926. (Zit. Hach.)
Haff: Institutionen der Persönlichkeitslehre und des Körperschaftsrechts, 1918.
Hamburger: Schuldenhaftung für Konzerngesellschaften; wirtschaftsrechtliche Abhandlungen, Heft 8, 1932.
Haußmann: Grundlegung des Rechts der Unternehmenszusammenfassungen, 1926.
— Die Tochtergesellschaft, 1923.
Frh. Heyl zu Herrensheim: Die Einmann-Gesellschaft, Dis. 1931, Gießen.
Höhn: Die Wandlungen im staatsrechtlichen Denken; 1934.
Hölder: Natürliche und juristische Personen; 1905.
Isay: Das Recht am Unternehmen; 1910.
Jaeger: Konkursordnung (Kom.) 1931, 6./7. Aufl.
Klausing: Aktiengesetz; 1937.
Kronstein: Die abhängige juristische Person; 1931.
Mentzel: Konkursordnung (Kom.) 5. Aufl.
Müller-Erzbach: Umgestaltung der A.G. zur Kerngesellschaft verantwortungsvoller Großaktionäre; 1929.
Oertmann: Kom. zum BGB, Allgemeiner Teil, 2. Aufl.
Preuß: Stellvertretung oder Organschaft; Jh. Jahrb. 44/429.
Schloßmann: Die Lehre von der Stellvertretung; 1900.
— Organ und Stellvertretung; Jh. Jahrb. 44/289.
Schneebeli: Die Einmann-Gesellschaft; Dis. 1932, Zürich.
Schönfeld: Rechtsperson und Rechtsgut im Lichte des RG in RG.-Praxis; Bd. 2, S. 191 ff.

— Zur Konstruktion der OHG; Jh. Jahrb. 75/333 ff. (Zit. OHG.)
— Zur Ehrenrettung der juristischen Person; Archiv für zivilistische Praxis 136/331.
Schreiber: Die Kommanditgesellschaft auf Aktien; 1925.
Siebert: Verwirkung und Unzulässigkeit der Rechtsausübung; 1934.
— Wesen der Rechtsfähigkeit der privatrechtlichen Verbände; Dte. JZ. 1935/713.
Sommer: Schuldenhaftung für abhängige juristische Personen; Dis. 1936, Freiburg.
Staub-Pinner: Komm. zum Handelsgesetzbuch, 14. Aufl.; 1933.
Staudinger(-Ritzler): Komm. z. BGB; Allgemeiner Teil, 10. Aufl.
Stier-Somlo-Elster: Handwörterbuch der Rechtswissenschaft; 1929.
Weindel: Die Einmann-Gesellschaft; Dis. 1930, Heidelberg.
Wieland: Handelsrecht; Bd. 1, 1921, Bd. 2, 1931.
Wolff: Juristische Person und Staatsperson; 1933.
— Theorie der Vertretung; 1934.
Zitelmann: Begriff und Wesen der sogenannten juristischen Personen, 1873.
Außerdem die Kommentare zum neuen Aktiengesetz.

Einleitung

Wohl kaum ein anderes Rechtsgebiet spiegelt so wie die Aktiengesellschaften und die GmbH wirtschaftliche Entwicklungen wider. Im vergangenen Jahrhundert übte die AG auf das anlagesuchende Publikum starke Zugkraft aus, weil man in ihr die Möglichkeit sah, hohe Gewinne zu erzielen. Große Mitgliederzahlen wurden daher für die AG in jener Zeit charakteristisch.[1]) Es traten später bedeutsame Wandlungen ein. Es ist der Wunsch nach Konzentration wirtschaftlicher Kräfte gewesen, der hier gestaltend wirkte. Wichtiger noch erscheint mir allerdings, daß man in den juristischen Personen ein Mittel der Haftungs- und Risikobegrenzung zu sehen anfing. Oft traten freilich auch ganz zufällige Umstände, etwa steuerlicher Art, hinzu, die die Wahl einer juristischen Person ratsam machten.

Das eigentlich Neue dieser Erscheinungen lag nun darin, daß man an Stelle von OHGen und Einzelhandelsgeschäften Aktiengesellschaften oder Gesellschaften m. b. H. gründete, und zweitens, daß in den einzelnen juristischen Personen die Mitglieder, meist aber nur eines von ihnen, stärker in den Mittelpunkt des gesellschaftlichen Geschehens rückten. Beherrschte Gesellschaften entstanden, unter denen die Einmann- und Familiengesellschaften besonders hervortraten. Häufig genug schien nun, wenn der Vorstand der juristischen Person tätig wurde, in Wahrheit doch nur der Gesellschafter zu handeln. Der beherrschende Gesellschafter identifizierte sich mit der juristischen Person, und etwaige Minderheiten sanken zum Rang von Obligationären ab.[2])

Aus diesen Erscheinungen entstand die Frage nach der Gleichstellung der natürlichen mit der juristischen Person. Mußte nicht der Herrschaft über eine Gesellschaft auch eine gleich umfassende Verantwortung und Haftung entsprechen? Das Verhältnis von Mitglied und juristischer Person wurde damit problematisch.

---

1) Vgl. Müller-Erzbach, Umgestaltung S. 38; Wieland II, S. 76.
2) Geiler, S. 3.

Meine Arbeit ist nun als ein Versuch gedacht, zur Lösung dieses Problems beizutragen. Ich will dabei die Frage aus dem Wesen der juristischen Person zu klären unternehmen, wie es auch Siebert[3]) fordert. Zunächst sollen Literatur und Rechtsprechung zu Wort kommen und ihre Methoden geprüft werden, denen ich dann meine Stellungnahme anschließe.

Es wird sich im folgenden um verschiedene Einzelfragen handeln, die dem Thema zugrunde liegen. Man kann zwar und hat auch das Problem der Gleichstellung zunächst einmal allgemein zu stellen. Die AG und GmbH könnte ja nichts anderes als die Gesamtheit der Mitglieder selbst sein. Sollten wir aber mit der herrschenden Lehre eine derartige Stellungnahme ablehnen, dann bliebe nur übrig, Einzelfälle zu schildern oder aber eine teilweise Gleichstellung zu prüfen, bei der wir zwei Bereiche unterscheiden können. Einmal handelt es sich um die Gleichstellung bei der Berechtigung, Verpflichtung, Haftung und Vermögenszuständigkeit. Hieran hat man z. B. bei der Einmanngesellschaft (EG) gedacht. Neben diesen Komplex stellen wir die Gleichstellung hinsichtlich der inneren Tatsachen. Darunter verstehen wir die Frage, ob ein bei den Mitgliedern vorliegender Umstand auch gegen die juristische Person wirkt. Zu dieser Frage hat vor allem das RG in einer Reihe von Entscheidungen Stellung genommen.

Im Unterschied zu den äußeren Tatsachen, unter denen die menschlichen Handlungen im Vordergrund stehen, fassen wir unter den inneren Tatsachen in erster Linie die des Seelenlebens der Menschen zusammen. Man kann aber zu den inneren Tatsachen auch alle Eigenschaften zählen, die die Individualität eines Menschen bestimmen und die das Gesetz oft zur ergänzenden Bewertung einer konkreten Rechtsbeziehung verwendet. Wir haben daher hier an Schuld, Kenntnis, Wissen, Einverstandensein zu denken, aber auch an berufliche, charakterliche, blutmäßige Eigenschaften. Schließlich soll ganz allgemein die Identitätsbestimmung eines Menschen dem Begriff der inneren Tatsachen untergeordnet sein, mögen sie auch oft bereits rein äußerlich wahrnehmbar sein.

Es muß dem Thema aber noch eine Einschränkung gegeben werden. Es spricht von den „dahinterstehenden Personen". Damit sollen in dieser Arbeit nur die Mitglieder als solche, nicht aber Vorstand oder Aufsichtsrat gemeint sein.[4])

3) Siebert, DJZ 1935, S. 713.

4) Wenn im Laufe der Arbeit von nat. Personen gesprochen wird, sind in der Regel die Mitglieder gemeint.

Auf die Stellung des Vorstands, als der vor der juristischen Person stehenden natürlichen Person, wird nur eingegangen, wenn dies für die Klärung der Stellung der Mitglieder nötig ist. Ferner sollen Fragen, die das Innenverhältnis der juristischen Person betreffen, nur insoweit behandelt werden, als sie auch nach außen erheblich werden. Schließlich ist noch zu sagen, daß ich mich nur mit der AG und GmbH befassen werde, dagegen die KAG nicht einbeziehen will. Die Gründe dafür werden später zu nennen sein.

Teil I.

Lehre und Rechtsprechung.

Lehre und Rechtsprechung haben schon seit langem in Einzelfällen Gleichstellungen der natürlichen mit der juristischen Person vorgenommen. Trotzdem vermissen wir eine grundsätzliche Stellungnahme zu diesem Problem. Die Lehre hat die Frage namentlich bei der Einmanngesellschaft (EG) untersucht; die Rechtsprechung auch bei der Familiengesellschaft (FAG). Aber beide lassen die häufigste Herrschaftsform, die des Großaktionärs über eine normale Gesellschaft, außerhalb der Betrachtung und sehen in der Gleichstellung weniger ein grundsätzliches Problem als eine nicht zu vermeidende Einzelerscheinung.

Für die EG ist als Lösung der Gleichstellungsfrage die sogenannte Einheitstheorie[1]) vertreten worden.[2]) Einheit wird dabei nicht nur wirtschaftlich, sondern auch rechtlich verstanden. Dabei beruft man sich darauf, daß der Besitz sämtlicher Anteile es nicht zulasse, von einem selbständigen Eigentum der juristischen Person zu reden, daß zwischen Gesellschaft und Gesellschafter volle Interessenidentität bestehe und der Machtlage auch eine entsprechende Verantwortung folgen müsse. So sehr dies alles richtig ist; man kann gleichwohl nicht „Wirtschafts- und Rechtsformen kritiklos völlig gleich behandeln".[3]) Die Einheitstheorie würde im übrigen allen Vereinbarungen zwischen Gesellschaft und Gesellschafter den Boden entziehen und das einzige Äquivalent der beschränkten Haftung, die gesicherte und unantastbare Vermögensgrundlage, in Mitleidenschaft ziehen. Man muß vielmehr daran festhalten, daß die EG noch alle Merkmale einer juristischen Person trägt, mit Ausnahme der Mitgliedervielheit (s. S. 26). Sie hat insbesondere einen eigenen Gläubigerkreis. Schon aus diesem

1) Haußmann, Tochtergesellschaft hat sie auch als Einheitlichkeitstheorie bezeichnet. S. 26, 29; vgl. auch unten.
2) Mü.-Erzb. in RG-Prax. II, S. 175; Isay S. 87 ff.
3) Weindel, S. 21.

Grunde kann man die juristischen Grenzen zwischen natürlicher und juristischer Person nicht einfach niederlegen. Die Einheitstheorie ist deshalb allgemein abgelehnt worden.[4]) Auch im neuen Aktienrecht ist dies geschehen.[5]) Das RG hat allerdings nicht immer in gleicher Weise Stellung genommen. So hat es die Einheitstheorie in JW 1924 S. 679 ff. vertreten.[6]) Diese Entscheidung ist aber heute überholt.

Im Gegensatz zur Einheitstheorie steht der Trennungsgedanke. Die Lehre behandelt die juristische Person als eigene Persönlichkeit mit allen Konsequenzen, die sich daraus ergeben. Die juristische Person wird hier zu einem völlig autarken Wesen gemacht, deren Mitglieder scharf abgesondert werden. Sie hat nicht nur ihr eigenes Vermögen und die grundsätzliche rechtliche Zuständigkeit für alle Rechtsbeziehungen, sondern man hält die Mitglieder auch da, wo es auf die Individualität ankommt, wie gerade bei den inneren Tatsachen, nicht einmal für fähig, im Verhältnis der juristischen Person zu Dritten von rechtlicher Bedeutung zu sein. Die Mitglieder bleiben auf das Innenverhältnis beschränkt. Man kann dies mit „Hinwegdenken der Mitglieder" bezeichnen.[7])

Eine strenge Befolgung dieses Gedankens mag für eine AG oder GmbH ohne Herrschaftsverhältnisse gerechtfertigt erscheinen.[8]) Bei der beherrschten Gesellschaft, insbesondere aber der EG, würde sie zu unhaltbaren Ergebnissen führen. Es ist z. B. unmöglich, den EGer einer GmbH, der Vorstand einer AG ist, als gleichgültig zu behandeln, wenn die EGmbH in der AG für seine Entlastung stimmt.[9]) Der Trennungsgedanke bliebe im Formaljuristischen stecken. Einen eigenen Wert als Theorie zur Lösung der Gleichstellungsfrage kann man daher dem Trennungsgedanken nicht geben. Der Nötigung, von ihm abzuweichen, hat man auch so allgemein entsprochen, daß es Vertreter des konsequent durchgeführten Trennungsprinzips mindestens für die EGen nicht mehr gibt.

---

4) Vgl. Griebel, S. 93 ff.; Flechth. JW 1924/769 ff.; Weindel, S. 20 ff.; Haußmann, Tochtergesellschaft, S. 28 ff.; RGE 143/311, 108/41, 103/64.

5) Schlegelberger-Quass. § 15, Anm. 11.

6) Vgl. auch RG Recht 9 (1905) Nr. 743.

7) Preuß, S. 451.

8) Wie wir sehen werden, ist selbst das nicht einmal in vollem Umfang der Fall.

9) RG 146/385.

1. Die Einheitlichkeitstheorie.

Der Trennungsgedanke ist jedoch der Ausgangspunkt der herrschenden Lehre bei Behandlung der EGen und FAGen. Man wandelt ihn nur mit Gesichtspunkten der Einheitstheorie ab. Ich möchte daher hier auch nur von einer Einheitlichkeitstheorie sprechen.[10]) Diese Auffassung hält grundsätzlich an der Trennung fest und läßt auch keine teilweise Gleichstellung zu. Nur in Einzelfällen verwischt sie den Gegensatz von natürlicher und juristischer Person. Ihr liegt offenbar die resignierende Erkenntnis Brodmanns zugrunde, daß „es ausgeschlossen sein dürfte, ein Prinzip zu finden, aus welchem sich deduktiv in allen Fällen die Entscheidung ableiten ließe. Es kann immer nur von Fall zu Fall entschieden werden, wo dann der Tatbestand genauester Durchleuchtung bedarf".[11]) [12])

Auch das RG geht von der Trennung der Rechtspersönlichkeit aus. Mitglied und juristische Person sind „völlig selbständige Rechtssubjekte" und die AG und GmbH haben auch im Fall der EG „gesonderte Rechtspersönlichkeit".[13]) Das RG denkt allerdings zunächst an die Vermögenstrennung[14]), daß die juristische Person „wie die natürliche Person Eigentum und Besitz, Rechte und Forderungen habe und Schaden nehmen könne".[15]) Das erklärt sich aber daraus, daß AG und GmbH in der Regel auf den Betrieb eines Erwerbsgeschäfts eingestellt sein werden und deshalb Vermögensrechte naturgemäß im Vordergrund stehen. Man darf daher aus der Betonung der Vermögenstrennung nicht weitergehende Schlüsse ziehen und eine Beschränkung der Rechtsfähigkeit auf die Vermögensfähigkeit annehmen. Natürliche und juristische Person sind vielmehr so scharf voneinander getrennt[16]), daß „die Person des einzelnen Gesellschafters außer Betracht zu bleiben

---

10) Man hat sie zwar auch Einheitstheorie genannt (Feine, S. 449; Enneccerus-Nipperdey, S. 290; Schreiber, S. 32). Doch da nur in einigen Punkten eine identische Behandlung von EG und EGer erfolgt, scheint es mir richtiger zu sein, einen einschränkenden Begriff als Bezeichnung und Unterscheidung zu wählen.

11) Brodm. AR, § 292, Anm. 6 f.

12) Vgl. auch Friedl. ZBH Bd. 1 S. 22 ff., 134 ff. und Konzern R. S. 122 ff. Feine S. 449; Hachenburg GmbH § 13 Anm. 1; Haußmann Tochtergesellschaft S. 31.

13) Vgl. RGE 104/370, 115/246, 130/340 (3), 129/50.

14) Vgl. RGE 68/172 (4), 85/383.

15) Vgl. RGE 98/289 (91).

16) Vgl. RGE 85/380, 115/253.

hat“ und aus deren „Verhältnis zur Gesellschaft nichts gegen diese herzuleiten sei“.[17]) Die natürliche Person wird damit in der Lehre weggedacht. Auch alle Ausnahmen bestätigen diesen Grundsatz. Man sagt nur dann, daß sich „eine Gleichstellung nicht vermeiden lasse“[18]), wenn man sie grundsätzlich gern verhindert hätte. Es ist hier auch die Begründung der RGE 104/372 zu nennen. In ihr wird das durch Gleichstellung von der Vorinstanz erzielte billige Ergebnis aus Gründen der Konstruktion der juristischen Person abgelehnt, um es aber durch Betonung eines unerwartet auftauchenden Nebengesichtspunktes auf anderem Wege zu erreichen. Man kann sich des Eindrucks nicht erwehren, daß das RG in dieser Entscheidung die Schuld des EGers nur deshalb nicht gegen die EG gelten ließ, weil es die Frage der Gleichstellung umgehen konnte.[19])

Doch auch das RG läßt wie die Lehre Ausnahmen vom Trennungsprinzip zugunsten einer einheitlichen Behandlung von natürlicher und juristischer Person in Einzelfällen zu. Es ist daher als ein Vertreter der Einheitlichkeitstheorie zu betrachten.

Lehre und Rechtsprechung verhalten sich einer Gleichstellung gegenüber ablehnend, die den oben zuerst genannten Bereich, also den der Berechtigung, Verpflichtung und Haftung betrifft. Sie werden durch die Argumente, die gegen die Einheitstheorie sprechen, dazu veranlaßt. Insbesondere ist es immer wieder der Hinweis auf den eigenen Gläubigerkreis der juristischen Person, der auch im Einzelfall es verbiete, die Vermögenssonderung anzutasten. Wenn aber gleichwohl in bestimmter Richtung eine identische Behandlung von natürlicher und juristischer Person erfolgt, so bezieht sich diese nur auf den Gleichstellungsbereich der inneren Tatsachen, wie sich aus den Urteilen des RG und den Entscheidungen der Lehre mit Deutlichkeit ergeben wird, vgl. die Beispiele S. 16 ff.

Zunächst seien aber Entscheidungen genannt, die die ablehnende Haltung des RG zeigen, zugleich aber erkennen lassen, daß eine solche Stellungnahme alles andere als stets selbstverständlich ist. So hat das RG in JW 58 (1929) S. 641 entschieden, daß der herrschende Gesellschafter einer AG, obwohl er $^{59}/_{60}$ der Anteile besaß, nicht einen Schaden einklagen

17) Vgl. RGE 104/372.
18) Vgl. RGE 143/431.
19) Ebenso auch Weindel S. 30 (Lit. zu S. 104/372 s. S. 18).

könne, den die AG erlitten hatte. Obwohl dieses Ergebnis nicht voll befriedigen kann, ist es doch in der Literatur verteidigt worden (Pinner in der Anm. zu dieser Entscheidung). Gleich streng befolgt das RG das Prinzip der Trennung, wenn es in der bei Soergel Bd. 24 (1923) S. 260 Nr. 35 wiedergegebenen Entscheidung sagt, daß eine Wettbewerbsbeschränkung, zu der sich eine EAG verpflichtet hatte, von ihrem EGer durchbrochen werden könne, da die Verpflichtung die AG und nicht den Gesellschafter binde. Das RG hat an diesem Grundsatz auch festgehalten[20]) und ist seinen Weiterungen nur durch Vertragsauslegung begegnet, durch die in der Regel ohne Zwang festgestellt werden kann, ob nicht etwa der EGer mitverpflichtet sei. Allerdings ist das RG auch in einer Entscheidung von seiner folgerichtigen Haltung abgewichen. In RG Recht 1905 Nr. 743 läßt es zu, daß ein vom persönlichen Gläubiger des EGers erwirkter Arrest in das Vermögen der EG vollstreckt wird. Soviel ich sehen kann, ist diese Entscheidung vereinzelt geblieben. Die Lehre hat uneinheitlich zu ihr Stellung genommen. Man muß sich aber Griebel anschließen, wenn er sich trotz der Zweckmäßigkeit der Entscheidung dieses Einzelfalls für Aufrechterhaltung der Sonderung einsetzt.[21])

So sehr man aber auch davon überzeugt war, daß an eine Gleichstellung im ersten Bereiche nicht zu denken sei, fühlte man sich doch von diesem Ergebnis nicht vollkommen befriedigt. Man suchte daher nach selbständigen Verpflichtungsgründen, die einen herrschenden Gesellschafter entsprechend verantwortlich machen, ohne mit der Konstruktion der juristischen Person in Widerspruch zu geraten.[22]) Mit dem Problem der Gleichstellung haben diese Gründe rechtlich freilich nichts zu tun. Sie stehen selbständig neben ihr.

In dem rein tatsächlichen Verhältnis der natürlichen zur juristischen Person läßt sich ein solcher Verpflichtungsgrund allein nicht finden. Auch wenn die Herrschaft eines Gesellschafters auf einer überwiegenden Beteiligung beruht, bestehen grundsätzlich zunächst nur tatsächliche Beziehungen. Sie stellen einen wirtschaftlichen Sachverhalt dar, ohne deswegen zu-

---

20) Vgl. RG 142/219 u. H. Lehmann in JW 1934/158 zu dieser Entscheidung.

21) Griebel S. 141/2; ebenso Liebm.-Sänger § 60 VI 11; a. A. Brodm. § 2 Anm. 8 GmbH, Friedl. KonzR S. 138, Neukamp-Becker § 60 Anm. 9a, Pinzger § 15 Anm. 2, Casp. S. 29.

22) Haußmann, Tochterges. S. 30 ff. und Grundlegung S. 166 ff., Hamburger S. 14, Kronstein S. 6, Sommer S. 4 ff.

gleich auch rechtlicher Tatbestand zu sein.[23]) Auch eine Schuldbefreiungspflicht läßt sich nicht konstruieren. Wirtschaftlich mag die juristische Person für Rechnung des herrschenden Gesellschafters tätig sein. Allein eine Pflicht zum Aufwendungsersatz, als der sich die Schuldbefreiung darstellen würde, ist doch nur durch einen Vertrag zu begründen. Tatsächliche Verhältnisse genügen nicht.[24]) Erst wenn daher zwischen einer natürlichen und juristischen Person ein Vertrag abgeschlossen ist, kann eine Verpflichtung entstehen. Welches Rechtsverhältnis dabei gewählt wird, ob Auftrag, Dienstvertrag oder Erfüllungsübernahme, kann dahingestellt bleiben. Besonderheiten liegen allenfalls in der konkreten vertraglichen Gestaltung, aber nicht in der rechtlichen Konstruktion. Damit erwirbt freilich ein Dritter noch keinen Anspruch gegen den Gesellschafter. Von einer seiner Herrschaft entsprechenden Haftung dem Gläubiger der juristischen Person gegenüber kann daher hier noch nicht die Rede sein.

Ein Dritter erlangt vielmehr ebenfalls erst durch Herstellung unmittelbarer Vertragsbeziehungen Ansprüche gegen den Gesellschafter. Tatsächliche Verhältnisse genügen ebensowenig wie im vorigen Abschnitt. Allerdings können auch aus unerlaubter Handlung Haftpflichten entstehen, wenn ein Gesellschafter in einer gegen die guten Sitten verstoßenden Weise die juristische Person zu eigenen Zwecken benützt, die ersichtlich nur auf Kosten der Gläubiger erreicht werden.[25]) Im Mittelpunkt der Bemühungen, eine Verpflichtung des herrschenden Gesellschafters zu finden, steht aber das Institut des Rechtsscheins; denn vertragliche Beziehungen wie Schuldbeitritt, Garantieübernahme, Bürgschaft bieten auch hier nichts Bemerkenswertes. Man ging davon aus, daß die Umstände eines Geschäftsabschlusses bei dem Gegner den Eindruck erwecken könnten, der Gesellschafter sei selbst der Kontrahent. Jedoch ist hier immer wieder mit Recht darauf hingewiesen worden, daß gerade das Handeln durch eine juristische Person zunächst nur den Eindruck erwecken könne, beschränkt haften zu wollen.[26]) Griebel[27]) weist auch darauf hin, daß die Wahl der Ich-Form bei Abschluß des Geschäfts für sich allein nicht auf einen eigenen Verpflichtungswillen schließen läßt, da

23) Hamburger S. 8.
24) Sommer S. 12.
25) BGB § 826 (vgl. hierzu Sommer S. 27 ff.).
26) Vgl. Griebel S. 102 ff., Haußmann, Grundleg. S. 59.
27) Griebel S. 104.

in dieser Ausdrucksweise regelmäßig keine Selbstverpflichtung gesehen wird. Erst besondere Umstände, nach denen der Dritte den EGer als Vertragspartner ansehen mußte, lassen die Annahme einer Verpflichtung aus Rechtsschein gerechtfertigt erscheinen. Im allgemeinen muß man aber sagen, daß ohne ausdrückliche vertragliche Abmachungen die Möglichkeit einer Verpflichtung des Gesellschafters dem Dritten gegenüber recht beschränkt ist.

2. Gleichstellung bei inneren Tatsachen.

Die Versuche, auch für Berechtigung und Verwflichtung zu Gleichstellungen zu gelangen, sind heute meist aufgegeben. In mannigfaltiger Weise sind jedoch im zweiten Bereiche, dem der inneren Tatsachen, die natürliche und die juristische Person miteinander gleichgestellt worden. Hier liegt das eigentliche Herrschaftsgebiet der Einheitlichkeitstheorie.

Wenn wir uns fragen, in welcher Weise RG und Lehre die einheitliche Behandlung in einzelnen Fällen begründet haben, so werden wir bemerken, daß die Entscheidungen regelmäßig nicht aus dem Wesen der juristischen Person heraus gefunden werden. Erst in jüngerer Zeit sind vom RG allgemeinere Gesichtspunkte herangezogen worden, mit denen es auf das Wesen der einzelnen Gesellschaftsformen, so vor allem die EG und FAG eingeht (s. u. S. 20). Das beliebteste Hilfsmittel, die Entscheidung zu begründen, ist der Grundsatz von Treu und Glauben. Sehr häufig hat man auch durch Auslegung von Einzelvorschriften, die man auf juristische Personen mit herrschenden Gesellschaftern erstreckte, obwohl sie häufig ersichtlich nur auf natürliche Personen abstellen, die Gleichstellung herbeigeführt. So ist vor allem auch das RG vorgegangen. Vielfach hat man auch die einzelnen Hilfsmittel miteinander verbunden.[28]) Bemerkenswert ist namentlich die von Griebel angewandte Methode, die Interessenidentität zwischen EG und EGer zur Entscheidungsgrundlage zu machen.[29])

Als Beispiele solcher Gleichstellung und ihrer Begründung mögen vor allem RG-Entscheidungen dienen:

Nach § 114, Abs. V AG darf ein Aktionär sein Stimmrecht nicht ausüben, wenn er als Vorstand entlastet werden soll.

28) Vgl. Staub-Pinner § 179 Anm. 17—20 a. Hachenb. GmbH. § 131, Feine S. 449, Brodm. GmbH. § 2 Anm. 8, J. v. Gierke S. 349, Ehrenberg ZBH 1928/266, Wieland II, S. 394, Friedl. KonzR. 132, Fehr S. 272, Fricke ZBH 1928/317, 329.

29) Vgl. Griebel z. B. S. 70, 107/08, 110, 138, 146, 174.

„Niemand soll Richter in eigener Sache sein." Nun gehörten die Aktien in dem vom RG Bd. 146/385 entschiedenen Fall aber nicht dem Vorstand, sondern einer von diesem gegründeten GmbH. Die Gesellschaft könnte an sich abstimmen, da sie nicht Vorstand ist. Gleichwohl hielt aber das RG die Stimmrechtsausübung für unzulässig, weil der Gesellschafter die GmbH beherrsche und daher praktisch doch als Richter in eigener Sache entscheiden könne. Er braucht ja nur den Geschäftsführer der GmbH entsprechend anweisen, wenn dieser sich nicht ohnehin von den Interessen des herrschenden Gesellschafters leiten läßt. „Unmittelbar aus dem Sinn und Zweck der genannten Gesetzesvorschrift ergibt sich, daß die GmbH nicht ihr Stimmrecht ausüben dürfe."[30]) In dieser Entscheidung charakterisiert also eine nur dem Gesellschafter gehörende Eigenschaft beruflicher Natur die ganze juristische Person.[31])

In der Entscheidung Bd. 130 S. 340 hat das RG für die Rechtsbeziehungen der juristischen Person zu Dritten die verwandtschaftlichen Verhältnisse ihrer Gesellschafter für erheblich erklärt und damit der juristischen Person ein Merkmal gegeben, das nur den Mitgliedern eignet. Es handelt sich in dieser Entscheidung um die Vorschrift des § 22, Abs. I des Aufwertungsgesetzes. Danach verliert eine vor Wiedereintragung der aufgewerteten ursprünglichen Hypothek zugunsten von Verwandten des Grundstückseigentümers (hier einer GmbH) eingetragene neue Hypothek ihren Vorrang vor der aufgewerteten. Verwandtschaft ist eine Eigenschaft natürlicher Personen. Trotzdem wird aber in dieser Entscheidung die juristische Person als mit einem Dritten verwandt behandelt, nur weil es ihre Gesellschafter sind. Auch hier hilft man sich mit der Auslegung der Einzelvorschrift, die an sich nur an natürliche Personen denkt. Hier ist nicht einmal ein Herrschaftsverhältnis entscheidend.[32])

Sogar die Vermögensverhältnisse der Gesellschafter hat das RG zur Beurteilung der Rechtsbeziehungen der juristischen Person zu Dritten herangezogen. Das gilt besonders für das

---

30) Band 146/390.

31) Lit. Siebert DJZ 1935 S. 713 ff. und neuere Kommentare.

32) Vgl. Neukirch in JW 1931 S. 582. Er stützt sich auf Treu und Glauben und setzt sich für eine gleiche Behandlung der §§ 31, 32 KO und §§ 3, 4 AnfG ein. Vgl. auch Mentzel KO Anm. 19 zu § 31, Konk. und Treuh. 1931/158, Wassertrüdner in LZ 1926/582, Schück in DJZ 1931/702. Jaeger KO Anm. 30 zu § 31 noch unentschieden, will aber offenbar ebenfalls gleichstellen.

Aufwertungsrecht und ist dort zur ständigen Rechtsprechung geworden. Die Höhe der Schuld der juristischen Person wird nach den persönlichen Vermögensverhältnissen der Gesellschafter bemessen. So sagte das RG in Aufw.Rspr. 1928/1049: „Bei der Aufwertung einer Schuld einer GmbH die wirtschaftliche Lage der Gesellschaft und der Gesellschafter zu berücksichtigen, hängt von der inneren Gestaltung ab. Bei Gebilden mit nur einem Gesellschafter oder einzelner weniger ..... sind die Verhältnisse der Gesellschafter zu berücksichtigen."[33])

Zu dem Bereich der inneren Tatsachen gehört auch die Schuld. Eine GmbH hatte ein Warenzeichen in eine Gesellschaft einzubringen. Dazu bedurfte es einer Mitwirkung des Alleingesellschafters, die dieser auch zugesagt hatte. Die GmbH konnte ihren Alleingesellschafter aber nicht zur Einhaltung seiner Zusage zwingen. Es entstand dadurch die Frage, ob die juristische Person das Verhalten ihres einzigsten Gesellschafters gegen sich gelten lassen müsse. Das RG erklärte hierzu in Entscheidung 104/370 (2): „Soweit deshalb Ansprüche gegen die Gesellschaft erhoben werden, hat die Person des einzelnen Gesellschafters außer Betracht zu bleiben und ist aus dessen Verhältnis zur Gesellschaft nichts gegen sie selbst herzuleiten." Das RG verschloß sich also der Gleichstellung. Das an sich unbillige Ergebnis hat das RG durch einen Ausweg umgangen (vgl. S. 13). Hachenburg[34]) und Friedländer[35]) billigen das ablehnende Verhalten des RG. Feine will mit Hilfe von Treu und Glauben hier Gesellschafter-Schuld zu Gesellschaftsschuld machen.[36]) Auch Brodm. GmbH. S. 15 ist bejahend. Die befriedigendste Antwort gibt m. E. Griebel.[37])

Griebel geht von der Interessenidentität aus, einer Methode, die besonders dann anwendbar erscheint, wenn Einzelvorschriften sich der Auslegung entziehen und mit Treu und Glauben nur eine gefühlsmäßige Entscheidung getroffen werden kann. Die gesetzlichen Normen beruhen auf der Interessenabwägung, sind aus dieser zu erklären und müssen mit dem Wandel der Verhältnisse in ihrem Sinn fortentwickelt werden.[38]) Das gilt nun vor allem für die EG. Während die

33) Ähnlich die EE 129/50, 130/343, Aufw. Rspr. 1930/426. Kritisches zu dieser Rspr. vgl. Brodmann in JW 1931/39 und Griebel S. 124/25.
34) Hachenburg Anm. zu JW 1922/1520.
35) Friedländer ZBH 1926, S. 134.
36) Feine S. 450 Anm. 87.
37) Griebel S. 106 ff.
38) Nipperdey S. 158 Anm. 1a.

normale GmbH und AG eine mehr oder weniger große Anzahl von Mitgliedern mit voneinander abweichenden Interessen[39]) haben, fallen bei der EG nicht nur Interessenunterschiede zwischen Gesellschaftern, sondern auch zwischen Gesellschaft und Gesellschafter fort. Es besteht Interessenidentität, aus der heraus Griebel trotz formaler Unterscheidung eine weitreichende Gleichstellung von EG und EGer zuläßt.[40]) Er sieht im Fall der RGE 104/370 die Rechtslage so an, „als ob die Leistung durch eigenes Verschulden der juristischen Person unmöglich geworden wäre". Griebel entscheidet ebenso für den Verzug und die positive Vertragsverletzung. Die Interessenidentität zwingt ihn allerdings, diese Methode auf die EG und die reine Strohmanngesellschaft zu beschränken.

Einen anderen, der Entscheidung 104/372 nicht völlig entsprechenden Fall hat das RG in 99/233 mit wesentlich anderen Gesichtspunkten entschieden. Dort war der Alleingesellschafter persönlich zu einer Leistung verpflichtet, die nur die GmbH erbringen konnte, zu der sie aber nicht verpflichtet war. Das RG entscheidet nun sehr richtig, daß dieser Umstand einer Verurteilung des Gesellschafters nicht im Wege stünde; denn jeder kann zu einer Leistung verurteilt werden, wenn sie durch einen Dritten erfüllt werden kann. Das Besondere an dieser Entscheidung liegt aber in dem Zusatz, in dem das RG sagt: „der Richter habe vor der juristischen Konstruktion die Wirklichkeit des Lebens und die Macht der Tatsachen zu berücksichtigen und von diesen Gesichtspunkten aus ist die Verurteilung des Beklagten nicht zu beanstanden."[41])

Schließlich hat das RG in allen Fällen, in denen Vertragspartner die gleichen natürlichen Personen sind, jedoch in verschiedener rechtlicher Gestalt, sei es als juristische Person oder Gesamthand, einen Unterschied zwischen der Rechtsperson und ihren Mitgliedern nicht gemacht, soweit es sich um die Anwendung der Vorschriften über den gutgläubigen Erwerb von Grundstücken oder Grundstücksrechten handelt. Das RG ergänzt den Wortlaut des Gesetzes in § 892 BGB aus dessen Grundgedanken. Es sollen in § 892 BGB Fremderwerber geschützt werden. Wenn daher auf Veräußerer- und Erwerberseite dieselben Personen und keine anderen vorhanden sind,

39) Die Interessen sind allerdings in dem Gewinnstreben gleich. Der Unterschied zwischen den Interessen liegt in den Meinungsverschiedenheiten, die die Zweckmäßigkeit der Interessenverfolgung betreffen. Vgl. S. 51.

40) Vgl. Anm. 29

41) Schreiber S. 35, Friedl. ZBH 1 S. 134.

so fehlt es an einem schutzbedürftigen Fremderwerber, mögen auch die Vertragspartner formalrechtlich die verschiedenen Rechtspersonen einer personengleichen juristischen Person und Gesamthand sein.[42])

Das RG begnügt sich aber nicht mit der Auslegung von Einzelvorschriften und dem Grundsatz von Treu und Glauben. Den Formulierungen nach möchte man dies zwar oft annehmen. Doch das eigene Verhalten des RG widerspricht dem. Selbst in der § 114, Abs. V betreffenden Entscheidung im 146/385 (S. 14) wird der breitere Raum der Begründung dazu verwendet, Bedenken zu beseitigen, die sich aus der Konstruktion der juristischen Person ergeben. Das RG betont z. B., wenn es den Schutz der Vorschriften über den guten Glauben versagt (S. 19/20), daß es eine „Überspannung der formalrechtlichen Unterscheidung zwischen den Rechtspersonen der natürlichen Personen und der von ihnen gebildeten Gesellschaft" sei, an der Fremdheit der Vertragspartner festzuhalten.[43]) Darüber hinaus ist jedoch das RG auch auf die eigentümlichen Verhältnisse bei den EGen und FAGen eingegangen, die zu einer Gleichstellung drängen und von der Literatur in keineswegs ähnlicher Weise herausgearbeitet werden. So sagt das RG in den Aufwertungsentscheidungen (vgl. S. 17/18), „bei Gebilden mit nur einem Gesellschafter oder einzelner weniger, durch besondere Beziehungen vereinten Gesellschafter, Familiengesellschaften, bei denen das wirtschaftliche Interesse über den Anteil hinaus besteht und die GmbH nur als eine Form der Geschäftsführung nach außen gewählt ist, sind die Verhältnisse der Gesellschafter zu berücksichtigen".[44]) In 130/343 sagt es, „die Notwendigkeit einer Gleichstellung von Gesellschafter und Gesellschaft sei bereits anerkannt, da das wirtschaftliche Interesse der Gesellschafter solchenfalls über ihren Geschäftsanteil hinaus mit dem Geschäftsbetrieb der Gesellschaft eng verknüpft sei und die Form der GmbH nur zum Zwecke der Geschäftsführung nach außen gewählt sein mochte". Diese Begründung kehrt dann regelmäßig in Entscheidungen wieder, die FAGen betreffen. Am stärksten wird aber in 146/385 an das Wesen der Dinge gerührt, wenn das RG die juristische Person nur noch „die Rechtsform" nennt, „durch die der Gesellschafter selbst

42) Vgl. RGE 117/257, 119/126 (9), 126/46 (9).

43) Vgl. EE S. 19/20. Auch in E 130/343 verwirft das RG ausdrücklich den formaljuristischen Standpunkt.

44) Aufw. Espr. 1928/1049.

handelt". Dann ist die „Gleichstellung nicht vermeidbar". Es handelt sich im übrigen in diesem Fall um eine FAG, die ein Gesellschafter auf Grund satzungsmäßiger Vorrechte beherrscht.

Allerdings finden sich auch Entscheidungen, die an Gedankengänge der Freirechtsschule erinnern, z. B. 99/233, in der einfach auf die Macht der Tatsachen hingewiesen wird, um eine Meinung zu rechtfertigen.

Zusammenfassend kann man für RG und Lehre feststellen, daß zwar nicht einheitlich, aber doch mit einer gewissen Regelmäßigkeit innere Tatsachen der Mitglieder zu solchen der juristischen Person gemacht werden, insbesondere sobald es sich um eine EG oder FAG handelt. Soweit die Lehre zu den hier auftauchenden Fragen Stellung nimmt, hält sie stärker als das RG an den alten Begriffen, insbesondere der traditionellen Vorstellung von der gesonderten Rechtspersönlichkeit fest[45]), während das RG doch wenigstens bei der EG und EAG Widersprüche zur normalen juristischen Person durch Herausstellung der Besonderheiten dieser Gesellschaftsformen zu überwinden sucht. Aber auch das RG wie die Lehre belassen es dabei, die Gleichstellungen als Ausnahmen von der Regel und kasuistisch zu behandeln. Das zeigt sich selbst dann noch, wenn man die Sonderstellung der EG und FAG berücksichtigt. Vor allem aber besteht nach wie vor eine Kluft zwischen der normalen juristischen Person, für die der Begriff der gesonderten Rechtspersönlichkeit geprägt ist, und der EG und FAG, bei denen er für die inneren Tatsachen nicht aufrecht erhalten werden konnte. Dieser Widerspruch ist ungelöst, und die Lehre hat ihn noch nicht aus der Kasuistik in eine Ebene allgemeineren Bewußtseins gehoben. Die Gleichstellung ist noch immer nicht zu vermeidende Ausnahmeerscheinung. Es haftet daher auch manchen Entscheidungen etwas Zufälliges an, und so ist wohl auch das Schwanken zwischen naturrechtlichen Ideen und starrem Formalismus zu erklären, wie es sich in den EE 99/233 und 104/372 zeigte (vgl. S. 19 bzw. S. 18).

Heute ist das Begriffsgebäude der juristischen Person von vielen Seiten angegriffen worden. Schon Schreiber hat dies

45) Welcher theoretischen Auffassung über die Natur der juristischen Person der einzelne zuneigt, kann dahingestellt bleiben. Organ-, Fiktions- wie Zweckvermögenstheorie gehen alle von der Trennung der Rechtspersönlichkeiten aus und treffen sich daher in diesem Grundsatz. Vgl. auch DJZ 1935/713 (Siebert).

früher getan und sich für eine Auflockerung dieses Begriffes eingesetzt, ohne doch gebührende Beachtung seiner Gedanken zu finden.[46]) Heute hat sich der Begriff der juristischen Person wieder durchgesetzt, nur daß man ihn nicht mehr so überschätzt wie vielfach bisher. Stellungnahmen zur Gleichstellung vermissen wir aber auch heute noch. Siebert hat sich zwar in DJZ 1935/713 geäußert, doch bleiben seine Darlegungen im Rahmen eines kurzen Aufsatzes und daher wohl mehr Anregung, als daß sie schon zu endgültigen Feststellungen ausreichen könnten. Siebert sagt: „daß die konkrete Rechtslage eines Gliedes die rechtliche Lage eines rechtsfähigen Personenbandes nur dann unmittelbar gleichgestaltet, wenn dieses einzelne Mitglied die Verbandsperson" beherrscht. Er fügt hinzu, daß die Gleichstellung als eine „natürliche und notwendige Folgerung aus dem Wesen der Rechtsfähigkeit verstanden werden muß". Das Wesen der Rechtsfähigkeit bleibt aber unbesprochen. Wieweit Siebert im einzelnen Gleichstellungen befürwortet, läßt sich seinen Ausführungen nicht mit Sicherheit entnehmen.

3. Kritik der einzelnen Methoden.

Da wir uns die Aufgabe stellten, die Gleichstellungsfrage aus dem Wesen der juristischen Person schlechthin, nicht nur der EG oder FAG zu lösen, haben wir die von Lehre und Rechtsprechung angewandten Methoden auf ihre Verwendbarkeit für dieses größere Vorhaben zu prüfen. Was für die EG bewährt erscheint, braucht noch nicht für eine Gesellschaft mit einem herrschenden Gesellschafter und einer Minderheit angemessen zu sein.

Mit schärfster Kritik muß man vor allem Entscheidungen entgegentreten, die sich in freirechtlichen Gedankengängen bewegen. So modern es auch manchen Ohren klingen mag, wenn die Konstruktion der Wirklichkeit des Lebens hintangesetzt und wirtschaftliches Denken auf das Recht übertragen wird, so kann doch nicht verkannt werden, daß darin das Geständnis liegt, das Recht nicht mehr im Einklang mit dem Leben zu sehen. Anstatt aber diese Übereinstimmung wieder herbeizuführen, läßt man mit der frei- und wirtschaftsrechtlichen Methode das Recht in die Wirtschaft abwandern, wie Hedemann sich ausdrückte.[47]) Außerdem setzt diese Methode die Rechts-

46) KAG 1925, dazu ablehnend Silberschmidt in LZ 1925/422.
47) Stier-Somlo HdR VI S. 930 ff., 935.

sicherheit aufs Spiel. Aus wirtschaftlichen Gründen könnte z. B. auch die Vermögenssonderung aufgehoben werden, wenn ein Fall entsprechend liegt. Man darf daher die juristischen Begriffe nicht unterschätzen. Sie verbürgen, von der Rechtsordnung mit Autorität ausgestattet, gleiche Behandlung, ein wesentliches Element der Rechtssicherheit. Wo daher ein Begriff unzureichend geworden zu sein scheint, muß er weitergebildet werden. Man darf sich jedoch nicht einfach über ihn hinwegsetzen, wobei es meistens bei der freirechtlichen Methode bleibt.

Im Grunde gilt das Gleiche auch für die Anwendung des Grundsatzes von Treu und Glauben. Seine wesentliche Bedeutung soll natürlich nicht verkannt werden. Die Lehre hat ihn aber nicht dazu verwenden können, tiefere Zusammenhänge aufzudecken. Er ist vielmehr ein verhältnismäßig billiges Mittel geworden, eine angemessene Entscheidung herbeizuführen, ohne auf konstruktive Gedankengänge eingehen zu müssen. Es ist daher auch nicht verwunderlich, wenn diese und die freirechtliche Methode die Widersprüche zwischen Regel und Ausnahme nicht überwinden konnten.

Wir haben beide Methoden als einen gangbaren Weg zur Lösung unserer Aufgabe abzulehnen. Wir wollen aus dem Wesen der Sache die Antwort suchen und müssen daher zu den Begriffen zurück. Dorthin gelangt man aber nicht mit Treu und Glauben. Dieser Grundsatz ist erst anzuwenden, wenn die grundsätzliche Entscheidung gefallen ist, um sie in allen Einzelfällen passend zu gestalten.

Am fruchtbarsten erscheint zunächst die Methode der Interessenabwägung und der Interessenidentität als Grundlage einer Entscheidung. Bei genauerem Zusehen ist sie jedoch unzureichend. Interessenidentität setzt EGen voraus. Sobald weitere Gesellschafter hinzutreten, entstehen abweichende Interessen, für die jeder Gesellschafter auch einen Anspruch auf Schutz hat. Für eine von einem Großaktionär beherrschte Gesellschaft ist daher dieser Gesichtspunkt nicht zu verwerten. Aber auch die Interessenabwägung schlechthin scheint mir nicht geeignet zu sein, die Widersprüche zwischen Konstruktion und Leben zu beheben. Die Interessenabwägung ist eine Auslegungsmethode. Sie ist schon dadurch an das Gesetz und seine Auffassungen über das Wesen der juristischen Person gebunden, findet also in ihm ihre Grenzen und kann daher eine Gleichstellung aus sich allein nicht begründen. Interessenidentität könnte ja auch zur Aufhebung der Vermögenstren-

nung führen. Die Interessenabwägung ist überdies als Auslegungsmethode nur für Einzelfälle geeignet, aber kein Mittel, von ihnen aus eine Verallgemeinerung durchzuführen.

Auch bei der Abstellung des Problems auf die Auslegung von Einzelvorschriften entstehen gleiche Bedenken. Es soll auch hier davon abgesehen werden, daß diese Methode nicht überall möglich ist, wie z. B. bei der Zurechnung von Gesellschafterverschulden. Es ist eben nicht jede Vorschrift der Auslegung zugänglich. Außerdem rechtfertigt sich eine Gleichstellung bei jeder beherrschten Gesellschaft nicht daraus, daß der Rechtsgdeanke einer Vorschrift sie bei der EG zuließ. Man kann bei einer EG im Wege der Auslegung des § 166, Abs. II BGB dazu gelangen, das Grundstück als nicht erworben anzusehen, wenn der bösgläubige EGer seinen gutgläubigen Vorstand angewiesen hat. Es wäre aber falsch, das Ergebnis ebenso zu begründen, wenn es sich um einen herrschenden Gesellschafter handelt. Denn dann muß vorher erst geprüft werden, ob die gutgläubigen übrigen Gesellschafter den bösen Glauben des herrschenden gegen sich gelten lassen müssen. Im § 166, Abs. II BGB wird auf den Vertretenen abgestellt — das sind aber auch die gutgläubigen oder abwesenden Gesellschafter —, und nicht nur auf den Handelnden. Aber auch dort, wo eine Gleichstellung unbedenklich erscheint, weil etwa keine Schlechterstellung zu befürchten ist, z. B. bei § 114, V AG, setzt man sich immerhin über das als Grundsatz aufgestellte eigene Wesen der Rechtspersönlichkeit hinweg, was mindestens einer prinzipiellen Rechtfertigung bedarf. Deshalb ist es auch begrüßenswert, wenn das RG, obwohl ihm offenbar die Auslegung in 146/385 als Begründung genügt hätte, gleichwohl den prinzipiellen Gegensatz zu überwinden trachtet. Im Grunde muß man eben zu jeder Auslegung von Einzelvorschriften noch eine Auslegung dessen stellen, was wir als juristische Person bezeichnen.

Die einzelnen Methoden zeigen uns also, daß eine allgemeine Feststellung zur Gleichstellung nicht ohne ein Zurückgehen auf das Wesen der juristischen Person möglich erscheint. Dem Grundsätzlichen führen sie uns nicht näher. Es sind nur von außen herangebrachte, aber nicht aus der Sache selbst entwickelte Gesichtspunkte.

4. Kritik der Einheitlichkeitstheorie.

(Regel-Ausnahme-Behandlung.)

Der Kritik der Einzelmethoden haben wir nun noch eine grundsätzliche Stellungnahme zu der von der Lehre und Rechtsprechung gehandhabten Regel-Ausnahme-Behandlung hinzuzufügen. Wir haben dabei dem Versuch entgegenzutreten, die Gleichstellung als eine Frage der EG und FAG hinzustellen. Es wird sich vielmehr ergeben, daß wir es hier tatsächlich mit einem allgemeinen Problem der juristischen Person zu tun haben und nicht nur mit gelegentlichen Regelwidrigkeiten, die freilich nie ganz zu vermeiden sein werden.

Eine Regel-Ausnahme-Behandlung hat unter Umständen ihre Berechtigung. Sie wahrt für das Gebiet des Normalen einen strengen Begriff und nimmt für seltene Ausnahmen lieber Widersprüche in Kauf, als um ihretwillen den Begriff zu elastisch und damit für die Regelfälle unbrauchbar zu machen. Man wird sie aber nur solange als zweckmäßig ansehen können, als die Ausnahmen eine untergeordnete Rolle spielen, rein zahlenmäßig, systematisch wie rechtspolitisch.

Schon rein zahlenmäßig betrachtet konnte man die EG und FAG nicht als seltene Ausnahme bezeichnen. So werden in dem 5. Heft der Arbeitsberichte zur GmbH-Reform der Akademie für deutsches Recht 28 % aller GmbHen als EGen angegeben. Böckel (S. 32) nennt[48]) 25—30 % als Reichsdurchschnitt. 20—30 % aller GmbHen sind FAGen (Böckel). Feine (S. 23) nennt für den Bezirk der Stadt Köln drei Fünftel aller GmbHen FAGen.[49]) Heute sind die EGen in starkem Rückgang begriffen. Ganz werden sie aber weder für die AG noch für die GmbH verschwinden, solange es eine Kapitalverflechtung und Wirtschaftskonzentration gibt und die beschränkte Haftung des Einzelkaufmanns auf dem Wege über eine EG nicht überhaupt unmöglich gemacht wird. Im Aktienrecht ist die EG heute anerkannt[50]) und bei der GmbH zeigt sich, daß auch dort die grundsätzlichen Bedenken geringer werden.[51]) Es wird daher auch in Zukunft EGen geben. Wie häufig sie sein werden, läßt sich natürlich nicht schätzen. Immerhin er-

48) Im Jahre 1934.
49) Im Jahre 1919.
50) Amtl. Begr. zu §§ 203—215.
51) Vgl. Großmann-Doerth in DR 1939 Heft 1/2 S. 9.

scheint es mir fraglich, ob wir in Zukunft die EGen nur als seltene Ausnahme antreffen werden. Bestimmt wird dies aber bei den FAGen nicht der Fall sein. Diese sind vorwiegend unter GmbHen zu finden und man hat sie nicht zu Unrecht als den Typus der GmbH schlechthin bezeichnet. Sie ist daher auch nie Ausnahme gewesen und wird es wohl auch nicht werden. Eine aus zahlenmäßigen Gründen erfolgende Ausnahmebehandlung der FAG ließe sich daher wohl kaum rechtfertigen. Erst recht wäre natürlich eine Ausnahmebehandlung unvorstellbar, die schlechterdings alle beherrschten Gesellschaften betreffen würde. Es werden wahrscheinlich die Gesellschaften sich in der Minderzahl befinden, die nicht irgendwie unter dem Einfluß maßgeblicher Mehrheiten stehen.

Allein es sind nicht nur diese Erwägungen, die uns von einer Ausnahmebehandlung Abstand nehmen lassen. Es treten systematische Gründe hinzu. Am ehesten scheint freilich die Gleichstellung durch eine gesonderte Behandlung der EG möglich zu sein. Die EG unterscheidet sich durch das Fehlen einer Mitgliedervielheit entscheidend von der normalen juristischen Person. Doch darf man diese Abweichung nicht überschätzen.

Wir sehen heute in der EG zwar eine besondere Form der AG oder GmbH, aber nicht einen grundsätzlich verschiedenen Tatbestand und ordnen die EG daher noch dem Begriff dieser Gesellschaften unter. Freilich ist dies nicht unbestritten.[52]) Tatsächlich sind aber alle die juristische Person als selbständige Rechtspersönlichkeit kennzeichnenden Merkmale noch bei der EG vorhanden. Alle gesetzlichen Normen von grundlegender Bedeutung sind noch durchführbar. Das muß aber genügen.[53]) Allein das Innenverhältnis, die Willensbildung hat sich geändert. Darin kann man nun freilich einen wesentlichen Unterschied zu den normalen Formen der AG und GmbH und deshalb die EG besonderer Ausnahmeregelung zuweisen. Das ist jedoch nicht geschehen. Man hat nämlich in der EG nur die ausgeprägteste Form einer Herrschaft über eine juristische Person zu sehen; doch steht dem Einmanngesellschafter in dieser Hinsicht ein Großaktionär mit Stimmenmehrheit oder ein Familiengesellschafter mit Privilegien zwar formal, nicht aber praktisch nach. In beiden Fällen han-

52) Gierke, Gen.-Th. S. 834/836, Neukamp-Becker § 60 c; Lehmann-Ring § 292 Anm. 2, Feine S. 425 ff., Brodm. GmbH § 2 Anm. 8. Für die herrschende Lehre: die übrigen, RG 23/203, 62/73, 98/291.

53) Schneebeli S. 13.

deln in Wahrheit die betreffenden Gesellschafter durch die Rechtsform einer juristischen Person. Man ist sich daher auch bewußt, daß eine Abspaltung der EG von der AG und GmbH theoretisch klar, sachlich aber im höchsten Grade willkürlich wäre. Schließlich fühlt man sich aber heute um so weniger zu einer gesonderten Behandlung veranlaßt, als man jetzt in der beschränkten Haftung eine für Einzelkaufleute wie Gesellschaften im Grunde gleich zu behandelnde Frage zu sehen anfängt.[54])

Es läßt sich aber auch grundsätzlich die Gegenüberstellung der „normalen" Gesellschaft, auf die die Trennungstheorie zutreffen soll, mit der EG oder FAG, als den beherrschten Gesellschaften, für die der konsequente Trennungsgedanke nicht paßt und die daher insofern „normwidrig" sind, nicht länger halten. Man übersieht, daß auch bei der sogenannten normalen Gesellschaft die Mitglieder nach außen rechtserheblich werden können und daß damit das Prinzip der Trennung durchbrochen wird. Man denke nur daran, daß eine juristische Person aus Juden besteht[55]) oder alle Gesellschafter miteinander verwandt sind. Man wird eine solche juristische Person als jüdisch zu bezeichnen haben, selbst wenn ihr Vorstand arisch ist, bzw. man wird eine im Jahre vor der Konkurseröffnung erfolgte Veräußerung eines Vermögensgegenstandes der juristischen Person an einen Verwandten der Gesellschafter anfechten können (§ 31 KO); denn der Verdacht einer Benachteiligungsabsicht besteht auch hier. Gerade das Verwandtschaftsverhältnis setzt auch bei der FAG durchaus keine Beherrschung der Gesellschaft voraus. Wer daher FAGen zur Gleichstellung zuläßt, muß sich im klaren sein, daß nur ein Teil von ihnen beherrschte Gesellschaften sind. Die übrigen sind normale juristische Personen; denn daß die Mitglieder untereinander verwandt sind, ist zwar eine Besonderheit, ändert aber für sich allein noch nicht die regelmäßige Form der AG oder GmbH.[56]) Auch dieser Umstand zeigt, daß es willkürlich ist, EGen und FAGen als Ausnahmen zu bezeichnen. Die Durchbrechung des Trennungsgedankens ist vielmehr eine bei allen AGen und GmbHen denkbare Erscheinung.

Diese einzelnen Umstände sprechen nach meiner Ansicht dagegen, EG und FAG von einer mehr oder weniger fiktiven

---

54) Großmann-Doerth in DR 1939 S. 9.
55) Gesetzlich genügen schon 25% jüdisches Kapital.
56) Vgl. Dür.-Hach. III, 1, S. 142 ff., 150.

Normalgesellschaft abzuzweigen und auf sie die Untersuchung zu beschränken. Hinzukommt aber ein weiterer damit in Zusammenhang stehender Umstand. Er trifft vor allem die Frage der Kasuistik. Ihr Nachteil liegt darin, daß sie die Entscheidung nach dem einzelnen Fall ausrichtet und nicht die Lösung von einem allgemeineren Prinzip aus findet. Widersprechende Urteile sind dann die Folge. Dadurch, daß man von vornherein die Gleichstellung als Ausnahme hinstellt und damit die Unmöglichkeit, ein allgemeines Prinzip zu finden, voraussetzt, ist man allerdings zur Kasuistik gezwungen. Man hat sich so den Blick dafür versperrt, die Ausnahmen als im Wesen der Sache liegend zu sehen. Wenn aber mit einer gewissen Regelmäßigkeit immer wieder zu Gleichstellungen geschritten werden muß, und zwar nicht nur bei EGen und FAGen, dann ist dies eine allgemeine Erscheinung, die doch nur in dem eigentümlichen Wesen der juristischen Person begründet sein kann. Und selbst, wenn in der EG und FAG die Personen der Mitglieder hinsichtlich einer bestimmten Tatsache rechtserheblich werden können, während dies hinsichtlich dieser Tatsache, wie z. B. der bösgläubigen Anweisung in einer gewöhnlichen juristischen Person mit größerer Mitgliederzahl nicht ohne weiteres denkbar ist, so muß man gleichwohl doch sagen, daß, weil die EG und FAG als Möglichkeit in jeder juristischen Person liegt, auch hinsichtlich dieser speziellen inneren Tatsache in der Grundkonstruktion der AG und GmbH eine Rechtserheblichkeit der Mitglieder wenigstens in der Anlage vorhanden sein muß. Wenn also zahlreiche Einzelfälle eine Gleichstellung erfordern, dann kann man nicht nur kasuistisch die Lösung suchen, sondern es muß dies auch grundsätzlich möglich sein. Man muß den Tatbestand der juristischen Person nur gehörig ausschöpfen. Es erscheint sogar unwissenschaftlich, wenn man nicht zum Einheitlichen strebt. Außerdem bietet nur ein Zurückgreifen auf die Grundkonstruktion, in der die Rechtsgedanken liegen, die Aussicht, die Begrenzungen der Gleichstellung aufzufinden, die zwar traditionell meist eingehalten werden, sich aber nur aus dem Wesen der juristischen Person und nicht aus den einzelnen, von außen an diese herangetragenen Gesichtspunkten, mit denen die Einheitlichkeitstheorie arbeitet, ergeben.

Der Grund, warum die herrschende Lehre an dem Begriff der restlos gesonderten Rechtspersönlichkeit festhält, mag in der Scheu liegen, traditionelle und auch vielfach bewährte Begriffe zu wandeln und dadurch in Gefahr zu bringen. Tatsäch-

lich erhoben sich auch, wenn an der juristischen Person Kritik geübt wurde, Stimmen, die gegen eine Aufgabe der juristischen Person Stellung nahmen, obgleich die Auffassung nur geändert werden sollte.[57]) Dieses kategorisch ablehnende Verhalten gegenüber einer Verbesserung des Rechtsbegriffs durch eine gewisse Wandlung scheint mir aber nicht länger angängig zu sein. Mit dem Begriff der gesonderten Rechtspersönlichkeit verbinden sich zu viele Mißbräuche, die auf das ungelöste Problem des Verhältnisses der juristischen und natürlichen Personen zueinander zurückzuführen sind. Rechtspolitisch ist es daher durchaus geboten, hier allgemeinere Feststellungen zu treffen.

Im Folgenden wird es sich nun darum handeln, den Begriff der gesonderten Rechtspersönlichkeit soweit zu überwinden, als dies im Rahmen der Grundkonstruktion der juristischen Person möglicht ist. Der Begriff braucht dabei nicht ohne weiters aufgehoben zu werden, wenn er in einer den Sachverhalten entsprechenden Weise eingeschränkt werden kann. Zweifellos ist die juristische Person eine eigene Rechtspersönlichkeit. Das schließt aber nicht aus, daß in diesem Begriff auch der natürlichen Person die ihr gebührende Rechtserheblichkeit gegeben wird. Allerdings werden wir dies nur leisten können, wenn wir uns nicht mit der juristischen Person ganz allgemein befassen, sondern uns auf eine konkrete Regelung einer juristischen Person beschränken. Hier sollen es die AG und GmbH sein, die zwar auch verschieden sind, aber doch so nahe zusammengehören, daß sie ohne Gefahr nebeneinander behandelt werden können. Die Rolle, die die natürliche Person in den einzelnen juristischen Personen spielt, ist sehr verschieden. Der Angehörige eines rechtsfähigen Schachklubs und der Aktionär sind beide Mitglieder einer juristischen Person. Trotzdem ist ihre konkrete Stellung gänzlich verschieden. Juristische Person heißt an sich nichts anderes als Einheitsbehandlung und ist eigentlich nur eine Methode, komplizierte Verhältnisse zu regeln. Es ist daher kein Wunder, daß das Wesen der einzelnen juristischen Personen je nach dem konkreten Sachverhalt verschieden sein muß. Das zeigt sich sogar schon für das Verhältnis von AG zur KAG. Diese kennt persönlich haftende Gesellschafter, ein Umstand, der auch ganz besondere Mißbräuche zuläßt. Dadurch wird das Verhältnis der natürlichen und juristischen Person in ein

57) Vgl. Silberschmidt zu Schreiber oben S. 22.

anderes Licht gerückt als bei der AG und GmbH. Die KAG soll daher nicht in den Kreis der Untersuchung aufgenommen werden. Bei der AG kann keine persönliche Haftung mißbraucht werden.

Wir beschränken also unsere Untersuchung auf die Rolle der natürlichen Person in der Rechtsperson oder, wie man auch sagen kann, in der Rechtsfähigkeit der AG und GmbH. Erst die positiven Vorschriften dieser Gesellschaften ermöglichen es uns, auf die Frage der Gleichstellung eine konkrete Antwort zu geben.

Teil II.

Die Bedeutung der natürlichen Person in der Rechtspersönlichkeit der A.G. und G. m. b. H.

Es entspricht der herrschenden Auffassung der juristischen Person als gesonderter Rechtspersönlichkeit, wenn sie die natürliche Person auf ihre Mitgliedschaft beschränkt. Sie sieht nur die Einzelrechte des Mitglieds, seine Mitverwaltungsrechte, die Dividendenansprüche, den Anspruch auf die Liquidationsquote u. s. f. Damit weist sie der natürlichen Person nur im Innenverhältnis der juristischen Person eine Rolle zu. Daß die Mitglieder aber auch im Außenverhältnis, also für Rechtsbeziehungen der juristischen Person zu Dritten rechtsverbindlich werden könnten, ist nicht berücksichtigt worden. Die Mitgliedschaft bleibt vielmehr das einzige, womit die natürliche Person am Verbandsleben teilnimmt.[1])

Wie wir nun aber sehen werden, ist diese Stellungnahme unrichtig. Auch nach außen kommt der natürlichen Person Rechtserheblichkeit zu, da sie an der Rechtsfähigkeit der juristischen Person in bestimmter Weise teilnimmt. Sie ist die Verkörperung der Rechtsperson der AG und GmbH. In welchem Umfang dies aber bedeutsam wird, muß die positivrechtliche Regelung ergeben bzw. aus ihr abzuleiten sein. Allerdings kann hierfür eine unmittelbare Begründung ohne theoretische Äußerungen nicht gegeben werden. Es ist eine Eigentümlichkeit unseres Gesetzes, daß es den Begriff der juristischen Person nicht von sich aus voll verständlich macht, sondern dies der Lehre überlassen hat.[2]) Es hat sich damit begnügt festzustellen, daß die AG Rechtspersönlichkeit sei, während es bei der GmbH noch in einem näheren Katalog den Inhalt der Rechtsperson im einzelnen bestimmt, ohne daß man deshalb freilich irgendwie auf den durch die Wissenschaft entwickelten Begriff verzichten könnte.

---

1) Gierke Pr. R. Bd. I S. 495.
2) Motive S. 78.

Der Begriff der juristischen Person ist daher weitgehend durch die Vorstellung bedingt, die wir von ihm haben, und die wir nicht nur der positiv-rechtlichen Regelung, sondern auch dem Rechtsganzen entnehmen. Auf diese müssen wir daher auch hier zurückgreifen, wenn wir aus dem Wesen der juristischen Person die Rechtserheblichkeit der Mitglieder begründen und ihren Umfang bestimmen wollen. Ausgangspunkt ist dabei die Rechtspersönlichkeit als solche.

I. Das Wesen der juristischen Person

1. Das Wesen der Rechtsperson im allgemeinen.

Wenn wir das Wesen und damit den Inhalt der Rechtsperson bestimmen, können wir dies nie ohne die subjektiven Rechte tun. Die Rechtsperson ist nur das Korrelat der subjektiven Rechte; denn es ist nur etwas als Rechtsperson denkbar, auf das die subjektiven Rechte passen.[3]) Im allgemeinen definiert man die Rechtspersönlichkeit dahin, daß sie der Anknüpfungspunkt der subjektiven Rechte sei und die Rechtsfähigkeit, als die erst vom Recht verliehene Eigenschaft, solcher Anknüpfungspunkt zu sein. — Man könnte nun denken, daß als Anknüpfungspunkt auch eine Sache genüge. Dem subjektiven Recht müssen wir aber etwas anderes entnehmen. Man darf auch heute noch das subjektive Recht seinem Zweck nach als ein Mittel zur Befriedigung von Interessen bezeichnen.[4]) Ohne die Fähigkeit, einen Willen zu haben, ist aber weder ein Interesse noch dessen Befriedigung denkbar. Deshalb muß die Rechtsperson willensfähig sein. Das ist aber nur beim Menschen der Fall. Rechtspersonen können daher auch nur Menschen sein, sei es nun ein Einzelmensch oder eine Personengesamtheit, denn auch diese hat Interessen und ist willensfähig.[5]) Für ein Objekt gilt dies aber nicht. Eine Sache kann daher niemals Rechtsperson werden.

---

3) Schönfeld, OHG S. 347, 350.

4) Enneccerus-Nipperdey S. 197. Zum Begriffswandel der subjektiven Rechte vgl. Siebert NS. Hdb. 1935 S. 957 fge.: Betonung des Pflichtgedankens.

5) Freilich ist mit Personengesamtheit nicht der Begriff an sich gemeint, also nicht eine von den Personen verschiedene Gesamtheit. Sie wäre nur eine leere Einheitsvorstellung und daher nicht willens- oder interessenfähig. Man muß vielmehr die Betonung auf „Personen“ .. legen, wenn man von Personengesamtheit spricht; denn mehrere Personen können einheitliche Interessen und Willen haben, wenn sie sich über eine Vielheit hinaus zu

Für die Mehrzahl aller Rechtsbeziehungen genügt es, daß Menschen ganz allgemein Pole der einzelnen Rechtsbeziehungen sind. Auf ihre Individualität kommt es nicht an. Deshalb kann in dem weiten Gebiet der Schuldverhältnisse auch ein Dritter an Stelle des Schuldners leisten (§ 267 BGB). Jedoch macht das Recht auch die Individualität, worunter die persönliche Eigenart des jeweiligen Menschen verstanden sei, entscheidend, z. B. wenn es innere Tatsachen als Voraussetzungen, sei es eines Rechtserwerbs (Wissen) oder einer Rechtswandlung (Schuld)[6]) fordert. Ebenso ist die Individualität für die Bewertung konkreter Rechtsbeziehungen wichtig, z. B. wenn eine Rechtslage von allgemeinen Begriffen wie Billigkeit, Treu und Glauben, in concreto angemessen usw. abhängig ist. Das gilt aber auch für Einschränkungen allgemein gefaßter Rechte. Generell gibt jede Aktie das Stimmrecht. Bei gewissen persönlichen Voraussetzungen des Aktieninhabers wird ihm das Stimmrecht aber genommen, z. B. wenn ein Vorstand sich nicht selbst entlasten darf (§ 114, Abs. 5 AG-Gesetz). In allen diesen Fällen wird die Eigenart der einzelnen Rechtsbeziehungen durch Umstände beeinflußt, die in der Individualität der Rechtsperson liegen. Deshalb ist die Rechtsperson nicht nur Anknüpfungspunkt, Pol einer Rechtsbeziehung, sondern zugleich auch die Grundlage der speziellen Wertung einer Rechtsbeziehung. Rechtsperson ist daher nur ein konkret vorstellbares menschliches Wesen und nicht etwa der abstrakte Mensch. Rechtsträger sein heißt deshalb nicht nur in Rechtsbeziehungen stehen, sondern auch, persönliche Umstände der eigenen Individualität gegen sich gelten lassen müssen. Es ist wichtig, das festzuhalten, da auch innerhalb der Konstruktion der juristischen Person eine abstrakte Rechtsträgerschaft abgelehnt werden muß.

Schließlich muß die Rechtsperson fähig sein, berechtigt und verpflichtet zu werden, und sie muß haften können; denn darin besteht der Inhalt der subjektiven Rechte. Die Rechtsperson setzt also verschiedene Eigenschaften voraus, so die Fähigkeit, Interessen zu haben, dann die Fähigkeit, (menschliche) Individualität zu sein, um eine Beurteilungsgrundlage

---

einer Gesamtheit organisiert und ihre Willen und Interessen entsprechend ausgerichtet haben bzw. es können. In welcher Weise dies geschieht, kann dahingestellt bleiben. Jedenfalls zwingt die Willens- und Interessenseite der subjektiven Rechte nicht dazu, rein individualistisch vorzugehen und als Rechtsperson nur Einzelmenschen anzuerkennen.

6) Vgl. Ennec.-Lehmann S. 184.

konkreter Rechtsbeziehungen zu geben, und schließlich die Berechtigungs-, Verpflichtungs- und Haftungsfähigkeit. Man kann diese Eigenschaften auch als Elemente einer Einheit isoliert betrachten und damit die gesamte Rechtsperson zerlegen in Rechtsträgerschaft im Sinne von Interessen-, Individualitätsträgerschaft und als Trägerschaft in der Berechtigung, Verpflichtung und Haftung.

2. Das Problem der juristischen Person bei der AG und GmbH.

Während nun der einzelne Mensch alle für die subjektiven Rechte und die Rechtspersönlichkeit nötigen Voraussetzungen in natürlicher Einheit in sich trägt, bleibt dies bei der juristischen Person durchaus problematisch. Zwar scheint auch hier Einheitlichkeit gegeben zu sein. Wir brauchen nur die Wirkungen von Rechtshandlungen der juristischen Person anzusehen. Sie treffen immer den Verband. Aber wir geraten bereits in Zweifel, wenn wir danach fragen, worin die menschliche Natur dieses Rechtsträgers als Voraussetzung einer Interessenträgerschaft, Willensfähigkeit und konkreten Individualität zu finden sei. Wie schon der Name „juristische Person" sagt, haben wir es hier mit einem Gebilde zu tun, das im gewissen Gegensatz zur natürlichen Person, also dem Menschen, steht. Es ist ein Geschöpf des Rechts. Da man nun aber in ihm einen Anknüpfungspunkt subjektiver Rechte sieht und anderseits weiß, daß diese menschliche Individualität voraussetzen, entsteht die Frage nach der Natur der juristischen Person. Aus der Antwort, die wir hierauf geben müssen, werden wir erfahren, welche Rolle die natürliche Person in der juristischen spielt, ob sie der Rechtsträger etwa selbst ist, oder ob sie „weggedacht" ist oder wenigstens zur Beurteilung konkreter Rechtsbeziehungen etwa als Interessenträger oder als Träger der menschlichen Individualität der juristischen Person herangezogen werden kann. Die Antwort ist noch nicht damit gegeben, daß der Gesetzgeber die Rechtsfähigkeit verliehen hat. Vielmehr ist dadurch das Problem erst gestellt worden, wie dieses legislatorische Faktum mit dem subjektiven Recht vereinbar sei.

Wenn wir nun feststellen wollen, was bzw. von welcher Art der Rechtsträger ist, so darf eines als zweifelsfrei vorausgeschickt werden. Die Rechtsträgerschaft muß immer an ein vorjuristisches Substrat anknüpfen, d. h. an etwas Wirkliches.

Eine Fiktion hat weder Willen noch Interessen. Sie ist nur ein Gedanke.

Es kann hier nun nicht eingehend zu allen auf diese Frage gegebenen Antworten Stellung genommen werden. Sie sind so vielgestaltig, daß ihre Besprechung den Rahmen der Arbeit sprengen würde. Hier sollen die für den Zusammenhang interessierenden Antworten nur kurz erwähnt werden. Eingehend dargelegt und umfassend besprochen sind sie m. W. zuletzt von Hans J. Wolff.[7])

Auszugehen ist von O. v. Gierke. Er hat in seiner Rektoratsrede über das Wesen der menschlichen Verbände die Ansicht vertreten, die juristische Person sei nicht nur eine juristische, sondern eine reale Verbandsperson. Er verstand darunter ein selbständiges existentes Wesen[8]), das sich zur juristischen Person wie der Mensch zur natürlichen Rechtsperson verhielte.[9]) Für ihn ist die juristische Person ein neues Lebewesen neben den Mitgliedern. Man hat diese Anschauung zurückgewiesen, weil, wie das Argument meist lautete, die Gründung und Eintragung eines Schachklubs nicht die Entstehung eines neuen Lebewesens bedeute (Ennec.-Nip. S. 288) und weil nicht einzusehen sei, warum nur die juristische Person ein solches Lebewesen sei, während dies für wesentlich engere und intensivere Gemeinschaften nicht gelten soll.[10]) Tatsächlich werden hier Vorstellung und Bild mit der Sache selbst verwechselt. Es liegt zwar dieser Vorstellung zugrunde, daß eine Vielheit von Menschen, wenn sie in bestimmter Weise zusammengefaßt ist, nie bloß eine Summierung von Einzelmenschen ist, sondern daß neue Eigentümlichkeiten dieser Gesamtheit entstehen. Das Ganze ist immer mehr als die Teile. Es wäre aber falsch, wie Gierke es tut, das Ganze als ein selbständiges neues Wesen zu sehen. Dann müßte man allerdings, wie es geschieht, die Mitgliedschaft nur als ein internes Beteiligungsverhältnis ohne rechtliche Wirkung nach außen ansehen. Gierke hatte bei seinen Formulierungen das Beispiel des Staates vor Augen. Es kehrt in seiner Rektoratsrede als Hauptargument für seine Ansichten immer wieder. Der Staat war das selbständige soziale Wesen, das über allen Zweifeln stand.

---

7) Hans J. Wolff, Organschaft und juristische Person Bd. I: Juristische Person und Staatsperson S. 1—229. Vgl. auch Ennec.-Nip. S. 288 f. Anm.; Oertmann S. 73 ff.

8) Wesen der menschlichen Verbände, S. 12.

9) Vgl. auch Zitelmann, S. 77 f.

10) Schönfeld, OHG S. 363, RG. Prax. II S. 191 f.; Wolff S. 84 f., 184, 188.

So wenig auch für die AG und GmbH bindend ist, was über die juristische Person des Staates zu sagen wäre, so zeigt sich doch gerade heute, daß sich Gierke dieses Zeugen wohl kaum noch bedienen könnte. Wir sehen im Staat nur das Mittel und nicht mehr das in sich selbst ruhende, nur aus sich selbst erklärbare und darum autarke Wesen.[11])

Der große und bleibende Wert des von Gierke geprägten Bildes der realen Gesamtperson liegt aber in der Einheitsvorstellung, die uns die juristische Person als ein Ganzes erscheinen läßt. Damit ist nur noch nichts über das Wesen dieses Rechtsträgers und die natürliche Person gesagt. Ebenso bleibend hat die Kritik der Gierkeschen Ansicht ergeben, daß es ein selbständiges einheitliches Wesen im rechtselementaren Sinne, vergleichbar dem Menschen als der elementaren Einheitsvorstellung der natürlichen Person, nicht gibt.[12])

Man hat nun auch meist nicht mehr so sehr als Rechtsträger ein den Verband umfassendes selbständiges Wesen gesucht, sondern die Frage nach dem eigentlichen Rechtsträger gestellt. Darin liegt die Überzeugung, daß die Annahme eines alles umfassenden Wesens als Rechtsträger fiktiv, mindestens aber formeller Natur sei. Bei den Versuchen aber, auf andere Weise den Rechtsträger festzustellen, ist meist einseitig vorgegangen und anscheinend auch vergessen worden, daß, wie die Motive sich ausdrücken[13]), es Sache des Gesetzes ist, den Inhalt der juristischen Person festzustellen. Es fehlte daher meist die Übereinstimmung der gefundenen Lösung mit den positiven rechtlichen Vorschriften, die den Verband zum Rechtsträger machen.

Abzulehnen sind m. E. die Anschauungen, die im „Unternehmen an sich" oder dem Vermögen (Zweckvermögen) den Rechtsträger sehen wollen. Das verträgt sich nicht mit dem oben schon dargelegten Wesen der subjektiven Rechte. Ein Vermögen kann haften, doch darin bestehen die subjektiven Rechte nicht allein. Ein Vermögen hat keine eigenen Interessen, kann nicht sollen und ist daher nicht pflichtfähig. Dafür sind Menschen erforderlich.

Es ist nun der Vorschlag gemacht worden, in der Organisation[14]) den Rechtsträger zu sehen. Richtig ist an dieser Auf-

11) Wandlungen im staatsrechtlichen Denken, Höhn S. 34/35.
12) Wolff S. 84 f., 184, 188.
13) Vgl. Motive S. 78.
14) Vgl. Staudinger-Riezler, BGB Allg. Teil, Einl. zum 2. Titel S. 177.

fassung, daß die juristische Person eine rechtlich geschaffene Organisation besitzt, und daß eine Einheit zum Rechtsträger gemacht ist. Wir wissen auch, daß Organisationen Einheiten ermöglichen[15]), und es ist mit Recht an die militärischen und wirtschaftlichen Organisationen erinnert worden. Zum Rechtsträger-Begriff reicht dies jedoch nicht aus. Die Organisation nimmt ihren Sinn nicht aus sich selbst, sie ist vielmehr von etwas außer ihr Liegendem bestimmt. Sie ist nur Einrichtung, technische Regelung zur Erreichung von Zwecken, die andere durch die Organisation am geschicktesten zu verfolgen hoffen. Mit dem Schlagwort, Organisationen hätten keinen Selbstzweck, wird hier etwas Treffendes gesagt. Das wird deutlich, wenn man sich den Grund der für die AG und GmbH getroffenen typischen Regelung vergegenwärtigt. Er liegt in dem Bedürfnis, Stabilität und Kontinuität zu schaffen.[16]) Wer daher die Organisation zum Rechtsträger der AG oder GmbH machen will, müßte die Menschen noch dazu heranziehen; denn Organisationen können keine eigenen Interessen haben. Diese finden wir nur bei Menschen, deren Organisation die juristische Person ist.

Nun kann man freilich die Organisation in verschiedener Weise zum Rechtsträger machen, je nachdem nämlich, was man sich unter ihr vorstellt. Ich hoffe aber gezeigt zu haben, daß die Organisation grundsätzlich etwas Abstraktes, eine Einrichtung ist und daher als solche ebenso untauglich für menschliche Eigenschaften ist wie etwa das Unternehmen oder Vermögen an sich (und wie sogar der Mensch an sich). Konkret wird sie erst durch die Menschen. Die Meinung, die die juristische Person als Organisation von ihren Menschen scheiden will, befindet sich daher m. E. auf einem Irrweg. Anders ist jedoch die Organisation als Rechtsträger zu beurteilen, wenn damit nur „das übergeordnete Moment" gemeint ist, „durch das alles, was die juristische Person ausmacht .... zusammengefaßt wird", wie Wolff[17]) es tut. Dann kann dieser Rechtsträger auch menschliche Individualität besitzen und seine Mitgliederschaft unter Umständen rechterheblich sein.

Auch die Mitglieder sollen als Rechtsträger gedacht sein. Hier wird von der m. E. richtigen Voraussetzung ausgegangen, daß eine Gesellschaft wie die AG und GmbH zweifellos zu-

15) Vgl. Anm. 5.
16) Binder S. 95/96, 116 ff.
17) Wolff S. 164/192.

nächst eine Personengesamtheit ist. Hinzu kommen aber noch wirtschaftliche und rechtliche Überlegungen. Die Mitglieder sind die Personen, denen das Vermögen der AG und GmbH bei ihrer Auflösung zufließt. Ihnen steht ferner die alleinige Nutznießung zu, außerdem geben sie der juristischen Person das Leben und sind als bürgerlich-rechtliche Gründungsgesellschaft die zukünftige juristische Person selbst. Ohne sie verliert die AG und die GmbH ihren Sinn und muß aufgelöst werden. Die Mitglieder sind auch das oberste Organ der Gesellschaft. Schlegelberger[18]) sagt auch, die juristische Person sei nur als „eine Hülle, unter der die Aktionäre ihre wirtschaftlichen Zwecke verfolgen", anzusehen.

Von allen Rechtsträgertheorien erscheint mir diese am bestechendsten. Sie würde uns mit einem Schlage von den grundsätzlichen Schwierigkeiten der Trennung der natürlichen und juristischen Person befreien und eine unmittelbare Gleichstellung von natürlicher und juristischer Person zulassen. Diese Ansicht ist aber mindestens in dieser Form unrichtig, und bezeichnet nur, was wir oben als das Suchen nach dem eigentlichen Rechtsträger nannten. Als einen derartigen Rechtsträger in diesem weiteren Sinn kann man die Mitglieder allerdings ansehen. Gleichwohl darf nichts darüber hinwegtäuschen, daß die Mitglieder nicht der wirkliche Rechtsträger sind. Sie sind ja nicht der unmittelbare Anknüpfungspunkt der subjektiven Rechte. Erst dann wären die Mitglieder als Rechtsträger zu bezeichnen, wenn sie berechtigt und verpflichtet und Eigentümer wären. Alles dies sind aber die Mitglieder nicht. Ihnen wird daher das subjektive Recht auch gar nicht zugerechnet, wie es zum Rechtsträgerbegriff gehört. Denn wer letztlich Rechtsträger im wirtschaftlichen Sinn ist, besitzt noch keine Rechtsträgerschaft im Sinne des Gesetzes.

Ebensowenig wie die Mitglieder kann man Vorstand und Geschäftsführer zum Rechtsräger machen.[19]) Schon die Bezeichnung als solche sollte uns davor warnen, in ihnen die Rechtsträger zu sehen. Als Begründung dieser Rechtsträgerauffassung dürfte man wohl anführen, daß dem Vorstand und Geschäftsführer das Vertretungsrecht der juristischen Person zusteht, daß nur sie verfügen können und daß sie im gewissen Sinn die juristische Person darstellen und repräsentieren. Aber

18) Schlegelberger-Quass. II Aufl. § 1 Anm. 5.
19) Wolff S. 189/190.

diese Personen werden ebensowenig berechtigt und verpflichtet wie die Mitglieder. Sie sind für das subjektive Recht niemals der Zurechnungspunkt.

Die Suche nach einer den subjektiven Rechten entsprechenden Rechtsträgerschaft ist also bei Prüfung der einzelnen, die juristische Person kennzeichnenden Wesensmerkmalen ergebnislos gewesen. Nipperdey[20]) kommt daher auch zu dem resignierenden Schluß, daß bei den Rechten einer juristischen Person in Wahrheit ein Rechtssubjekt nicht vorhanden sei, und daß der Begriff des subjektiven Rechts für die Rechte der juristischen Person nicht passe. Er sieht daher in ihnen nur Zweckgebundenheiten, die er nach Analogie der subjektiven Rechte behandeln will. Die Rolle der natürlichen Person bliebe hier ebenfalls unklar.

Eine derartige Lösung des Problems kann man nur als Ausweg bezeichnen, der erst zu beschreiten ist, wenn wirklich ein Rechtsträger nicht vorhanden wäre. Da dies nach meiner Überzeugung nicht der Fall ist, will und kann ich hier nicht auf Nipperdeys Einstellung näher eingehen. Nur scheint mir der uns durch das subjektive Recht auferlegte Zwang, in dem Menschen den Rechtsträger zu suchen, unserem heutigen Rechtsdenken mehr zu entsprechen, als wenn man eine abstrakte Zweckpersonifikation in das Gemeinschaftsleben als Rechtsträger einführt.[21]) Es sei auch noch betont, daß die Vorstellung der Zweckgebundenheit der Rechte an die Stelle der subjektiven Rechte zu setzen eine Revolutionierung unseres ganzen Privatrechtssystems bedeutet, wie Nipperdey[22]) selbst zugibt.

Die Frage nach der Natur der juristischen Person als Voraussetzung einer späteren Funktionsbestimmung der natürlichen Person in ihr ist also bisher vergeblich zu beantworten gesucht worden. Alle die Eigenschaften der Rechtsperson, die im Menschen in natürlicher Einheit vorhanden sind und auch bei der juristischen Person wiederkehren müssen, wenn subjektive Rechte auf sie bezogen werden sollen, finden sich nicht bei einer Rechtsträgerschaft des Vermögens, der Organisation, der Mitglieder oder des Vorstands. Wir dürfen hier festhalten, daß diese Versuche daran scheiterten, daß die genannten

---

20) Nipperdey S. 289 Anm. und S. 201 III.
21) Vgl. Rhode DJZ 1935 S. 1209, 1211.
22) Nipperdey S. 202.

Rechtsträger nie die ganze Rechtsperson darstellten, sondern nur Teile von ihr. Wir müssen nun selbst bestimmen, worin wir den Rechtsträger sehen wollen.

3. Die zusammengesetzte Rechtsfähigkeit der juristischen Person.

Man muß m. E. den Rechtsträger der juristischen Person als eine zusammengesetzte Rechtspersönlichkeit ansehen. Nur die einzelnen Teile der Zusammensetzung tragen, und zwar nicht jeder alle, sondern nur die eine oder andere Eigenschaft, die wir für die subjektiven Rechte nötig sahen. So trägt das gewidmete Vermögen die Haftungsfähigkeit, der Vorstand die Pflicht, die Berechtigungen und Verpflichtungen wahrzunehmen bzw. zu erfüllen, so vermutlich die Mitglieder und der Vorstand das Interesse und den Willen, weil nur sie Menschen sind.[23]) Es bestehen also für die einzelnen Elemente der Rechtsfähigkeit hier besondere Zuständigkeiten. Die einzelnen Bestandteile der Rechtsfähigkeit, die der natürliche Mensch einheitlich trägt, so daß man sie bei ihm gar nicht unterscheidet, haben bei der juristischen Person einen gesonderten Sitz. Wie die einzelnen Sinne des Menschen an bestimmte Körperstellen gebunden sind, so finden wir es ähnlich bei den einzelnen Merkmalen der juristischen Person. Die Verteilung der einzelnen Bestandteile ergibt sich dabei aus der Natur der Sache, aber vor allem auch aus der rechtlichen Konstruktion der AG und GmbH, z. B. folgt aus ihrer inneren Organisation, daß der Vorstand die übernommenen Verpflichtungen zu erfüllen hat und daß die Mitglieder davon befreit sind. Ähnlich ist es beim Vermögen. Daß diese Teile aber als eine Einheit wie die menschliche bei der natürlichen Person behandelt werden und dem Ganzen sein Wesen geben, hat einen natürlichen Grund darin, daß die Mitglieder und der Vorstand nicht bloß eine Summierung von Menschen sind, sondern zu gewissen Zwecken eine natürliche Einheit werden, die sich zunächst in der Gründungsgesellschaft zeigt. Durch die Verleihung der Rechtsfähigkeit erhält dann die Vereinigung zu ihrer natürlichen noch die rechtliche Einheit, die z. B. der OHG fehlt, obwohl diese ebenso sehr eine natürliche Einheit ist. Es ist

---

23) Das Verhältnis von Vorstand und Mitgliederschaft wird unten besprochen. Vgl. S. 57 f.

eine positiv rechtlich zu entscheidende Frage, ob eine natürliche Einheit juristische Person sein soll.[24])

Man kann dagegen nicht durchgreifend einwenden, die subjektiven Rechte verlangten einen einheitlichen Anknüpfungspunkt, also eine Einheit, wie wir sie oben als selbständiges Wesen ablehnten. Dabei ist nicht nötig, wie Wolff S. 184 es tut, darauf einzugehen, daß auch das Zurechnungssubjekt nur eine „Hilfsvorstellung des Geistes" ist. Es läßt sich doch nicht bestreiten, daß Einheit nicht nur als Einzelheit, wie z. B. beim Menschen, aufzufassen ist, sondern auch als eine durch Zusammenfassung gewonnene gliederhafte Einheit. Die Vielheit kann daher ebenso Einheit sein wie der Einzelmensch, sofern sie nur über die bloße Summierung hinaus durch bestimmte Zwecke, bestimmte Organisationen oder sonst einen Umstand zu einer Gesamtheit wird. Daß zu dieser Gesamtheit auch rein sachliche Substrate wie das Vermögen mit gewisser Selbständigkeit gehören, kann ebensowenig ein Hindernis sein wie die Tatsache des Sondervermögens bei einer natürlichen Person. Es genügt daher für die Einheit als Anknüpfungspunkt für die subjektiven Rechte, daß in dem Ganzen, in der GmbH und der AG, bestimmte Glieder die einzelnen Merkmale tragen und, was wesentlich ist, sich alle gegenseitig bedingen. Insofern ist dann die AG und die GmbH auch wirkliche Einheit.

Das Wesen einer derart rechtlich anerkannten Einheit liegt nun darin, daß sie Anknüpfungspunkt subjektiver Rechte wird. Es sind nicht mehr die einzelnen Menschen volle Rechtsträger wie bei der OHG, der die Anerkennung als Rechtsperson fehlt, und bei der die natürliche Einheit sich nur in der Ausübung der Mitgliederrechte zeigt. An die Stelle des Einzelnen tritt vielmehr der Verband, z. B. als Eigentümer, und die Wirkungen des rechtsgeschäftlichen Wollens treffen nicht mehr die Einzelnen, sondern nur noch den Verband.

Es handelt sich also hier um einen zusammengesetzten Rechtsträger, bei dem die vorjuristische Vielheit der Mitglieder, der von ihnen verfolgte Zweck, die Organisation, das gewidmete Vermögen natürlich und juristisch zum eigenen Ganzen verbunden und dies Ganze mit Rechtsfähigkeit ausgestattet ist. D. h. nun aber nicht, daß mit dem eigenen Ganzen wieder die abstrakte Begriffsvorstellung gemeint ist; wir würden sonst vergessen, daß nur die Teile konkreter Natur sind.

---

24) Vgl. Schönfeld OHG S. 351.

Das Ganze ist lediglich der vereinfachende Ausdruck für die einzelnen Teile in ihrer Verbindung, worin in Wahrheit die eigene Rechtspersönlichkeit liegt. Anderenfalls würden wir eine Fiktion zum Rechtsträger machen und nicht das, wofür wir die Fiktion nur als „Kurzschrift" (Wieland I, S. 408) verwenden. Wir würden über ihr die Wirklichkeit vernachlässigen und „die Fiktion schließlich selbst für Wirklichkeit" halten.[25]) Schon Gierke spricht von der Vielheit in der Einheit und betrachtet die Verbandspersonen als „eine wirkliche und volle Person gleich der Einzelperson, jedoch im Gegensatz zu dieser als eine zusammengesetzte Person".[26])

II. Die Bedeutung der natürlichen Person.

1. Die Mitglieder als Elemente der zusammengesetzten Rechtsfähigkeit.

Wir haben nun zu fragen, welche Rolle der natürlichen Person in dieser zusammengesetzten Rechtsperson zukommt. Es ist die Frage, ob wir es nach Verleihung der Rechtsfähigkeit noch mit den dahinterstehenden Personen zu tun haben — was Fischer[27]) kategorisch verneint —, ob es also eine gesonderte Rechtspersönlichkeit gibt, die alles erfaßt und nicht nur mit dem Vermögen, sondern auch hinsichtlich der inneren Tatsachen und damit ihrer Natur nach von den Mitgliedern getrennt ist, oder ob es nur eine begrenzt getrennte Persönlichkeit gibt. Es muß sich hier ergeben, welche Bedeutung grundsätzlich der natürlichen Person zugedacht ist.

Hierzu gibt das Gesetz keine unmittelbare Antwort. Wir wissen nur, daß die GmbH oder AG aufgelöst werden muß, wenn keine Gesellschafter mehr vorhanden sind, und daß jedem Gesellschafter ein Mitgliedschaftsrecht zusteht. Über diese das Innenverhältnis betreffende Stellung der Gesellschafter hinaus können wir aber dem Gesetz nichts entnehmen, was den Mitgliedern auch bei den Rechtsverhältnissen der Gesell-

25) Vgl. Kniep, Societas publicanorum, I, S. 294 ff. Ähnlich auch Wolff, wenn er die jur. Person als „abbrevierende Zusammenfassung" (I, S. 209 ff., II, S. 280) und als „rechtstechnische Konstruktion" (II, S. 349) auffaßt. Auch Schreiber ist hier zu nennen, wenn er Grenzen der Individualisation feststellt (KAG S. 35).

26) Pr. R. I. S. 470.

27) Zeitschr. d. Akad. f. Dtsch. Recht, 5. Jg., Heft 15/16, S. 549.

schaft zu Dritten eine Bedeutung geben könnte. Das Gesetz bestimmt vielmehr nur, daß die AG und GmbH Rechtsfähigkeit hat, was, wie wir sahen, nur zusammengesetzte Rechtsfähigkeit heißen kann. Aus logischen Gründen möchten wir allerdings bejahen, daß auch die einzelnen Teile dieser Zusammensetzung nach außen Bedeutung erwerben müssen, weil ja sonst dem Rechtsträger Eigenschaften fehlen würden, die die subjektiven Rechte voraussetzen.

Unser Gesetz läßt nun keinen Zweifel darüber, daß die Mitglieder die Interessenträger innerhalb der zusammengesetzten Rechtspersönlichkeit sind. Die Gesellschaft selbst ist dazu nicht fähig, da sie als solche nicht willensfähig ist. Aber auch der Vorstand kann nicht als Interessenträger bezeichnet werden, obwohl er als Mensch willensfähig ist. Das ergibt seine Stellung in der juristischen Person. Trotzdem ihm auch gewisse Selbständigkeit und sogar das Geschäftsführungsmonopol in der AG zustehen, darf man doch nicht vergessen, daß er nicht eigene, sondern anvertraute Interessen wahrnimmt.[28]) Positiv rechtlichen Ausdruck erhält diese Bedeutung der Mitglieder im Dividendenrecht, in dem Anspruch auf die Liquidationsquote und in der Tatsache, daß mit Wegfall der Mitglieder die Gesellschaft aufgelöst werden muß. Letzteres wäre unverständlich, wenn die Gesellschaft selbst Interessenträger etwa im Sinne einer Stiftung wäre, was freilich auch vertreten wird.[29]) Am deutlichsten zeigt es sich aber in der eigenen Interessenwahrnehmung der Mitglieder, wie sie sich in den Verwaltungsrechten äußert, und noch klarer in der persönlichen Einflußnahme auf den Vorstand, die nur beanstandet wird, wenn sie zu Schädigungen der Gesellschaft oder ihrer Teilhaber führt (§ 101 A.-Gesetz). Es sind daher immer die Interessen der Mitglieder, die durch die AG befriedigt werden.

Jedoch erschöpft sich in der Interessenträgerschaft noch nicht die Rechtserheblichkeit der Mitglieder. Wir haben uns hier daran zu erinnern, daß die AG und die GmbH ein Verband ist oder, wie es in der Bezeichnung des Gesetzes heißt, Aktien-Gesellschaft, Gesellschaft m. b. H. Man darf sich hier nicht durch den Begriff Kapitalgesellschaft irre führen lassen. Es wird in der AG und der GmbH nicht lediglich Kapital zueinander gestellt, sondern es sind Menschen,

---

28) Wolff S. 169.

29) Zum Beispiel Becker, Pandekten Bd. I S. 262; vgl. auch dazu Wolff I, S. 155, 158.

aus denen die Gesellschaft besteht. Nur der Erwerb der Gesellschaftserstellung hängt von kapitalistischen Voraussetzungen ab, ebenso das Gewicht des Gesellschafters im Kreise der übrigen. Die Menschen (Mitglieder) gehören daher zum Sein, zur Substanz der AG oder GmbH. Sie stellen das Material dar, aus dem diese Gesellschaften aufgebaut sind, und man kann sie als deren Verkörperung auffassen. Die juristische Person hat also nicht nur ein rein geistiges, sondern auch in ihrer Mitgliederschaft ein körperlich menschliches Substrat. Gründungsgesellschaft und juristische Person können daher wesensverwandt sein.

Tatsächlich wird nämlich durch die Verleihung der Rechtsfähigkeit keine neue Existenz geschaffen und erst recht kein neues Lebewesen, wie die Anhänger der Organtheorie sich dies teilweise denken. Vielmehr ist die Gründungsgesellschaft eine gegliederte Einheit gewesen und die juristische Person ist es geblieben, nur daß eben jetzt noch die rechtliche Einheit mit der oben skizzierten Wirkung hinzugekommen ist. An dem Wesen des Verbandes hat sich damit nichts geändert. Er ist Vielheit nach wie vor. Freilich beeinflußt auch die Rechtsform das Wesen, aber sie verwandelt es nicht. Es ist daher der Habitus, die Individualität der bürgerlichen Gründungsgesellschaft auch noch bei der juristischen Person vorhanden. Oder: — sit venia verbo — die juristische Person ist das bunte Gebilde der Gründungsgesellschaft geblieben. Eine neue Farbe hat sie durch die Rechtsfähigkeit nicht angenommen. Damit ist an sich nichts Besonderes gesagt. Dies scheint freilich nur gelegentlich zum Bewußtsein gekommen zu sein, da diese Tatsache für die gesonderte Rechtspersönlichkeit wenig berücksichtigt wird. Das RG hat verschiedentlich die Wesensgleichheit festgestellt und nur den Wandel der Rechtsform bei der Rechtsfähigkeitsverleihung betont: RG 143/372, 151/86 (91).

2. Die Rechtserheblichkeit der natürlichen Person.

Es wäre nun freilich möglich, daß die Mitglieder als Interessenträger und Verkörperung der juristischen Person lediglich für das Innenverhältnis der juristischen Person Bedeutung haben. An die Interessenträgerschaft knüpft ja das Recht keine unmittelbaren Wirkungen im Rechtsverkehr mit Dritten. Fraglicher erscheint es allerdings, ob das in den Mitgliedern sich äußernde menschliche Wesen der juristischen Person im

Rechtsverkehr einfach unerheblich sein und deshalb auf das Innenverhältnis beschränkt werden kann. Ein Blick auf die Wirklichkeit sagt uns, daß dies nicht möglich ist.

Rechtserheblich ist eine Tatsache, an die das Gesetz in einem Tatbestand eine Rechtswirkung knüpft. Man darf jedoch aus dem Fehlen einer gesetzlichen Bestimmung nicht sofort die Ablehnung einer Rechtserheblichkeit schließen. Vielmehr genügt es auch, wenn Lücken im Gesetz zu sein scheinen, daß eine Tatsache aus allgemeinen Gründen entscheidend für eine konkrete Rechtsbeziehung wird. Dafür gibt die Praxis, z. B. die Rechtsprechung des RG, Anhaltspunkte.

Man muß nun die Mitgliederschaft für fähig halten, nach außen rechtserheblich zu werden. Es entstehen zwar sofort starke Zweifel, wenn man an eine AG mit großer Mitgliederschaft denkt. Meist leben deren Mitglieder überall verstreut. Sie besuchen die Generalversammlung nicht und verfolgen nur den Zweck, ihr Kapital gewinnbringend anzulegen. Jeder wird hier die Mitglieder für gleichgültig halten und fragen, warum er sie gleichwohl als rechtserheblich ansehen soll. Überdies geht das Gesetz von einer AG mit hoher Mitgliederzahl aus. Es muß aber hier zwischen der grundsätzlichen Fähigkeit zur Rechtserheblichkeit und der im Einzelfall tatsächlich vorhandenen unterschieden werden. Falsch ist es zu folgern, daß eine Tatsache deshalb nicht rechtserheblich sein könne, weil sie es meistens nicht ist. So ist es auch hier. Bei einer EG oder FAG werden die Mitglieder häufiger rechtserheblich als in anderen Fällen. Doch da beide Gesellschaftsformen, wie wir sahen, regelrechte AGen oder GmbHen sind, muß man eine grundsätzliche Rechtserheblichkeit annehmen, wenn sie auch nur in gewissen konkreten Fällen sichtbar in Erscheinung tritt. Die im ersten Teil genannten Entscheidungen zeigen alle, daß die Mitgliederschaft rechtserheblich werden kann, weil ohne sie ein gerechtes Urteil überhaupt nicht zu denken ist. Die Mitgliederschaft braucht dabei aber keineswegs nur aus einem Mitglied zu bestehen. Wir fragen vielmehr, ob nicht auch ein Großaktionär, also ein Gesellschafter von vielen, rechtserheblich werden kann. Im allgemeinen beobachten wir allerdings, daß die Bedeutung der Mitgliederschaft in der Regel sinkt, wenn diese an Zahl zunimmt, und umgekehrt finden wir meist bei kleinerer Mitgliederzahl größere Bedeutung der Einzelnen für die juristische Person. Selbst bei der Gesellschaft mit großer Mitgliederzahl wäre es aber unrichtig, eine Rechtserheblichkeit als unmöglich an-

zusehen. Man stelle sich z. B. eine Mitgliederschaft vor, die aus Juden besteht.

Freilich kann man nur in der Mitgliederschaft als Ganzes einen „Rechtsträger" im Sinne der Interessenträgerschaft und Verkörperung sehen und nicht im Einzelmitglied. Das liegt darin begründet, daß die juristische Person immer nur in Übereinstimmung mit ihrer geschichtlichen Entwicklung die Gesamtheit zum Gegenstand hat. Das zeigt sich auch in der Bezeichnung „Verband". Vor allem aber geht dies aus der Bedeutungslosigkeit des Einzelmitglieds für den Bestand des Ganzen hervor. Der Einzelne ist auswechselbar, er ist, wie Wieland einmal sagt, ein ersetzbares Zahnrädchen im Räderwerk des Ganzen. Das Einzelmitglied ist daher nur beteiligt. Ganz anders aber die Mitgliedergesamtheit. Sie ist condicio sine qua non der AG und GmbH., die ohne sie nicht bestehen können. Die Mitgliedergesamtheit erfüllt damit einen wesentlich größeren Tatbestand als lediglich den der Beteiligung.[30]) Sie ist eben, wie wir sahen, die Verkörperung der juristischen Person, und die juristische Person kann man als die Rechtsform[31]) der Mitgliedergesamtheit bei Verfolgung eines dauerhaften Zweckes bezeichnen. Hinzu kommt noch, daß es ohne weiteres billig erscheint, Umstände der Mitglieder gegen die juristische Person gelten zu lassen, wenn sie bei allen Mitgliedern vorliegen. Bei der Mitgliedergesamtheit kommt es für eine Rechtserheblichkeit nicht darauf an, ob wirkliche Interessenidentität besteht. In der Regel wird sie nur bei der EG gegeben sein.[32]) Ebensowenig ist es notwendig, daß die Mitgliedergesamtheit die juristische Person beherrscht; denn Rechtsgrund der Mitgliederrechtserheblichkeit ist nicht in der Interessenidentität und der Beherrschung zunächst zu suchen, sondern liegt in der grundsätzlichen Stellung der Mitgliedergesamtheit innerhalb der juristischen Person.

Mit der Beschränkung auf die Mitgliedergesamtheit würden eine Reihe von Fällen ausscheiden, insbesondere der der Beherrschung einer Gesellschaft durch ein Mitglied, bei denen das Leben ebenfalls zur Annahme einer Gleichstellung nötigt. Im dritten Teil soll über diese Fälle noch besonders gesprochen werden. Hier müssen sie zurückstehen, da beim beherrschenden Einzelmitglied die Frage der Zurechnung entsteht,

30) Vgl. Heyl zu H. S. 42.
31) Zu diesem Begriff wird noch Stellung genommen.
32) Vgl. Anm. 29 S. 16.

die den hier zu entwickelnden Grundsätzen über die Stellung der natürlichen Person in der juristischen Person eine besondere Wendung geben muß. Nach alledem ist also eine Rechtserheblichkeit der Mitgliedergesamtheit zunächst ganz allgemein nicht zu bezweifeln.

Doch worin besteht nun im einzelnen die Rechtserheblichkeit der Mitglieder gegenüber Dritten? Wir hatten gewisse typische Rechtserheblichkeitsbereiche unterschieden (vgl. S. 8), den der Verpflichtung, Berechtigung und Haftung, in dessen Mittelpunkt das Vermögen steht, und dann einen zweiten, in dem wir alle inneren Tatsachen (i. w. S.) zusammenfaßten, bei denen das subjektive Recht menschliche Individualität voraussetzt. Die Antwort kann nur gegeben werden, wenn wir beide Rechtserheblichkeitsbereiche zusammen erläutern. Dabei wollen wir so vorgehen, daß wir zunächst aufzeigen, worin die Rechtserheblichkeit der Mitgliederschaft nicht bestehen kann, weil sie sich schon dadurch aus dem allgemeinen Rahmen der juristischen Person abhebt.

3. Die Ablehnung der Gleichstellung.

Bei der AG und GmbH kann nur der Vorstand bzw. Geschäftsführer Vertretungs- und Geschäftsführungshandlungen vornehmen. Ein Mitglied, und sei es auch die Mitgliedergesamtheit, ist dazu nicht befugt. Ihr Tätigwerden würde stets nur den Tatbestand des falsus procurator erfüllen, also ohne rechtliche Wirkung für die Gesellschaft sein. Diese Regelung ist eine Folge der vom Gesetz vorgenommenen Zuständigkeitsverteilung der einzelnen Gesellschaftsfunktionen auf bestimmte Glieder des Ganzen. Positiv rechtlich findet das seinen Niederschlag in den Bestimmungen der §§ 70/71 AG und § 35 f. GmbH-G. Unter Geschäftsführung darf man dabei nicht bloß ein rein organisatorisches Handeln annehmen, sondern man hat darunter „alle diejenigen Geschäfte und Handlungen, die sich als Betätigungen der gemeinsamen Wirtschaftsorganisationen in Richtung auf den Gesamtzweck darstellen", zu verstehen.[33]) Darunter fallen nicht bloß Rechtsgeschäfte, sondern auch tatsächliche Verrichtungen, wie Wieland I/566 einmal sagt, die ganze „Arbeitstätigkeit". Von dieser Tätigkeit ist also die Mitgliederschaft ausgeschlossen.

33) Dür.-Hach. HGB §§ 126 Anm. 4, 114 Anm. 2.

Ebenso steht es mit den Wirkungen der vorgenommenen Rechtshandlungen. Sie treffen den Verband, wie es die Umschreibung der Rechtsfähigkeit der GmbH § 13 GmbH-G. noch zeigt. Nur er hat Rechte und Pflichten. Die Mitglieder werden nicht berechtigt und nicht verpflichtet. Der Verband hat daher auch einen eigenen Gläubigerkreis. Das Vermögen steht ihm und nicht den Mitgliedern zu. Wie scharf es aber von diesen getrennt ist, zeigt sich in den Vorschriften zur Erhaltung des Grundkapitals (AG §§ 52, 54, 65, 83, 131, 175 f.) und wird von der Rechtsprechung immer wieder durch Urteile betont, z. B. werden beim „Eigendirektor“[34]) Gehaltsansprüche, die ohne Rücksicht auf das Geschäftsergebnis gezahlt werden, als Kapitalausschüttung angesehen.[35]) Diese Stellung ist dem Vermögen gegeben worden, weil es nur auf diese Weise eine sichere Grundlage darstellt, auf der ein Dritter mit der Gesellschaft in Geschäftsverbindung treten kann. Anderseits rechtfertigt sich auch dadurch die Nichthaftung der Mitglieder, wie sie in §§ 1, 48, Abs. 2 AG und § 13, Abs. 2 GmbH-G ausdrücklich ausgesprochen ist.

Aus alledem ergibt sich, daß die Bedeutung der Mitgliederschaft als Interessenträger und Verkörperung nicht auf diesen Gebieten liegt. Sie sind von den Mitgliedern getrennt und besonderer Zuständigkeit überwiesen. In diesem Rechtserheblichkeitsbereich muß man scharf an dem traditionellen Begriff der Sonderung festhalten, um eine Verwirrung der Zuständigkeiten und Haftungsverhältnisse zu vermeiden. Hier ist es mit anderen Worten unmöglich, überhaupt von Gleichstellung zu reden. Wenn aber gleichwohl das Rechtsgefühl zu Gleichstellungen drängt, so kann nur genau zu prüfen sein, ob nicht sittenwidrige Schädigung (§ 826 BGB) oder eine vertragliche Verpflichtung dem Rechtsverhältnis zu entnehmen ist. Häufig wird Vertragsauslegung helfen (Konkurrenzverbot), manchmal auch Rechtsschein oder Garantieübernahme. Freilich muß gerade in letzteren Fällen besonders sorgfältig geprüft werden.[36])

4. Die Gleichstellung bei inneren Tatsachen.

Die Lehre hat sich mit einer Trennung im Bereich der Berechtigung, Verpflichtung und Haftung nicht begnügt, son-

34) Von Fuchs in DRAZ 1922/1 für den EGer geprägt, der zugleich Vorstand ist.

35) Vgl. RG in JW 1936/1967; andere Beispiele Ring I/237 (KGE), RG 113/241, JW 1938/826; vgl. auch Friedl. Konzernrecht S. 130/131, Staub-Hach.

36) Vgl. dazu S. 13 f.

dern aus ihr mehr gefolgert, als diese besagt. Sie macht die Trennung zum alles beherrschenden Grundsatz und erstreckt sie auf den Rechtserheblichkeitsbereich der inneren Tatsachen, für den sie nur den Vorstand zuständig sein läßt. Sie verkennt die Stellung der Mitglieder und folgert, daß sie überhaupt nicht rechtserheblich werden, weil sie es im ersten Rechtserheblichkeitsbereiche nicht sind. Das ist aber keineswegs als richtig anzusehen.

a) Die menschliche Individualität der juristischen Person.

Wir sahen, daß eine Rechtslage von inneren Tatsachen abhängen kann, daß diese Menschen voraussetzen, und auch deshalb der Rechtsträger stets menschliche Individualität haben muß. Das gilt auch für die juristische Person. Sie kann daher nicht nur ein abstraktes Gebilde sein (S. 8, 33). Hier entsteht nun die Frage, ob nur der Vorstand — wie es die herrschende Lehre anscheinend will — oder auch die Mitglieder Träger der menschlichen Individualität der juristischen Person sind. Der Gesetzgeber hat sich nicht dazu ausgesprochen.

Die Antwort hängt vor allem von der Stellung des Vorstands ab. Sie wird erst später genauer untersucht. Eines kann jedoch schon hier gesagt werden. Der Vorstand ist Träger der Handlungsfähigkeit der juristischen Person und darin mit einem Vertreter zu vergleichen. Wie dieser aber nicht der Vertretene ist und man ihm daher das eigene selbständige Sein nicht nehmen kann, ebensowenig kann der Vorstand der Verband sein und dessen über den Vorstand hinausreichende Existenz absorbieren. AG und GmbH sind als Verband oder, wie das Gesetz sagt, als Gesellschaft Rechtsträger und nicht nur als Organisation oder Vorstand. Das heißt aber, sie sind als die organisierte Mitgliedervielheit auch körperlich existente Wesen. Wir finden daher menschliche Individualität in der juristischen Person auch bei der Mitgliederschaft. Da der Vorstand aber zur Organisation der Mitgliedervielheit gehört, nimmt auch er an der menschlichen Existenz der juristischen Person teil. Es würde daher als natürliche Auffassung erscheinen, wenn man in den Rechtsverkehr die juristische Person als durch Mitgliederschaft und Vorstand[37]) charakterisiert ein-

37) Wie sie sich im einzelnen zueinander verhalten — das positive Recht hat hier regelnd eingegriffen —, soll später gesagt werden.

führt. Andernfalls müßte man der juristischen Person eine mehr zur Stiftung hin orientierte Auffassung geben, die aber dem Verbandscharakter sehr wenig entsprechen würde.

Es kommt aber noch ein weiterer Umstand hinzu, der uns verbietet, wie die herrschende Lehre, die Mitglieder wegzudenken. Man kann gewiß die Mitglieder als Interessenträger in das Innenverhältnis der juristischen Person weisen. Doch ist bei inneren Tatsachen nicht ebenso zu verfahren. Der Gesetzgeber ist zwar weitgehend Herr im eigenen Hause. Er kann ordnen und regeln nach eigenen Methoden und ist durchaus nicht an die Wahrheit im philosophischen Sinne gebunden (Fiktionen).[38]) Bei inneren Tatsachen aber stellt der Gesetzgeber selbst vielfach auf die wirklichen Verhältnisse ab. Es ist dann nicht zu vermeiden, das Wesen der Sache zu erfassen. Das muß aber dazu führen, wenn wir nicht wirklichkeitsfremd werden wollen, auch die Mitglieder als menschliche Individualität der juristischen Person zu bezeichnen. Das ist eine Folgerung aus dem tatsächlichen Sachverhalt. Ihn außer Acht zu lassen, wäre nur möglich, wenn der Gesetzgeber es verlangte. Das ist aber nicht der Fall. Eine juristische Person ist daher jüdisch schon dann, wenn es die Mitgliedergesamtheit ist. Ob der Vorstand arisch ist, ist dann eine zweite Frage. Er kann jedenfalls durch seine arische Abstammung den jüdischen Charakter der Gesellschaft nicht nehmen, da die juristische Person aus den Mitgliedern besteht.

Die Mitgliederschaft ist daher m. E. zweifellos als Träger der menschlichen Individualität der juristischen Person neben dem Vorstand anzusehen.[39]) Grundsätzlich kann daher ein bei ihr gegebener Umstand rechtserheblich werden.

Wir dürfen also zunächst feststellen, daß man die Mitglieder keineswegs einfach wegdenken kann, da sie im Bereich der inneren Tatsachen nach außen rechtserheblich werden können. Damit behaupten wir weder eine Ausschließlichkeit noch zunächst überhaupt etwas über den Umfang dieser Rechtserheblichkeit. Nur der Bereich, in dem die Rechtserheblichkeit liegt, steht fest. Wenn wir daher auf einer Rechtserheblichkeit der Mitglieder nach außen bestehen, dann scheint mir die traditionelle Definition der juristischen Person, wie sie z. B. Fischer[40]) aufstellt, nur teilweise richtig zu sein. Er meint,

38) Schönfeld, OHG, S. 340 f., 346.
39) Vgl. Anm. 37.
40) Fischer, Ztschr. d. Akad. f. Dtsch. Recht, 5. Jg. S. 549.

daß mit Rechtsfähigkeitsverleihung sich die Vereinigung „von ihrer persönlichen Entstehungsgrundlage löst und selbst Träger von Rechten und Pflichten wird"; ich ergänze aber: nun nicht die ganze persönliche Entstehungsgrundlage abstreift und zurückläßt, sondern sie mit in die neue Rechtsperson hinübernimmt, nämlich soweit es sich um die Menschen handelt. Mit anderen Worten: Die juristische Person trägt noch die Züge ihrer Mitglieder.

b) Die juristische Person als Rechtsform der Mitgliederschaft.

Ehe jedoch daran gegangen werden kann, einzelne innere Tatsachen zu prüfen, muß die Bedeutung der Mitgliederrechtserheblichkeit in der zusammengesetzten Rechtsperson geschildert werden. Nur auf diese Weise glauben wir, eine konkrete Vorstellung geben zu können. Es handelt sich dabei um das Verhältnis der einzelnen Rechtsfähigkeitselemente zueinander.

Die einzelnen Glieder der zusammengesetzten Rechtspersonen, also z. B. das gewidmete Vermögen und der Vorstand, sind für sich betrachtet ohne eigenen Zweck und würden zusammenhanglos nebeneinanderstehen. Erst dadurch, daß sie einer Zweckverfolgung dienen, werden sie sinnvoll. Dieser Zweck ist aber der der Mitglieder. Unser Gesetz stellt auf den Verband und damit die Mitglieder ab und nicht nur auf den Vorstand. Dieser hat vielmehr nur die Aufgabe, den Zweck der Mitglieder zu verfolgen. Es sind daher immer nur die Zwecke und die Interessen der Mitglieder, denen der Vorstand und das Vermögen dienen. Darüber darf nicht die Verselbständigung hinwegtäuschen. Sie ergibt sich nur aus dem Wunsch, dem Verband Stabilität und Kontinuität zu geben. Wir dürfen uns auch nicht durch die Interesselosigkeit mancher Mitglieder verleiten lassen, diese von den Mitgliedern her erfolgende Wesensbestimmung der juristischen Person zu übersehen. Durch die Interesselosigkeit wird ja nur eine Gleichgültigkeit gegenüber der Zweckmäßigkeit der Interessenverfolgung gezeigt.[41]) Man muß daher festhalten, daß in der Konstruktion der zusammengesetzten Rechtspersönlichkeit die Mitgliederschaft als das wesensbestimmende Element ein natürliches

41) Wolff S. 156 ff.

Übergewicht hat. Sie ist nicht nur Rechtsträger im Sinne der Interessen, der menschlichen Individualität, sondern auch als das alles umfassende beseelende Moment.

Dieses Übergewicht der Mitglieder verleiht der zusammengesetzten Rechtsperson einen besonderen Charakter, mit dem ich ihr Wesen verdeutlichen will. Es erscheint mir nämlich nunmehr erlaubt, die zusammengesetzte Rechtsperson als eine Rechtsform der Mitgliederschaft anzusehen. Ihre Eigenart besteht darin, daß die Mitgliederschaft nicht alle Funktionen eines Rechtträgers selbst ausübt, sondern daß einige verselbständigt werden und besondere Träger erhalten. Diese sind aber alle von den Mitgliedern her zu erklären und darum ihnen zugehörig. Diese Zwiespätigkeit von Selbständigkeit und Zugehörigkeit ist aber durch die zusammengesetzte Rechtsperson zu einer Einheit verbunden, die sich rechtlich darin zeigt, daß man nun die Zusammenfassung im Rechtsverkehr als Rechtsträger, juristische Person, bezeichnet und sie zum Eigentümer, Berechtigten u. s. f. macht, obwohl sie im natürlichen Sinn lediglich eine Vorstellung ist.[42])

Die Rechtsform bzw. Zugehörigkeit zeigt sich nun darin, daß letztlich alles auf die natürliche Person zurückgeht. So kommt ihr jede Bereicherung der juristischen Person zugute, zwar nicht zur freien Verfügung, aber doch in Dividendenform oder dadurch, daß dem von ihr verfolgten und verkörperten Zweck weitere Betriebsmittel zufließen.[43]) Ferner kann man nunmehr sagen, daß die Mitgliederschaft auch noch Berechtigte ist, ohne damit in einen Widerspruch zur Rechtsform zu geraten. Sie ist es nicht nur wirtschaftlich oder „eigentlich", sondern auch noch rechtlich, — nur eben in einer Gesamtheit und deshalb in einem abgeschwächten Sinn. Durch die zusammengesetzte Rechtsperson der Gesamtheit wird das einzelne subjektive Recht, z. B. das Eigentum, zerlegt, wie es ein Prisma mit einem Lichtstrahl tut. Die Handlungs- und Verfügungsmacht trifft den Vorstand, die Sinngebung des subjektiven Rechts die Mitgliederschaft. Vorstand und Mitglieder zusammen ergeben erst das Eigentum.[44]) Keiner besitzt es in vollem Umfang ohne den anderen, nur daß von beiden Komponenten die wichtigere die Mitgliedschaft ist, weil im Grunde

42) Vgl. S. 41 a.
43) Wolff S. 169.
44) Vgl. Schneebeli, S. 181. Er spricht von zwei Eigentümern bei der JP. Die Aktionäre sind Träger des Vermögens nach innen.

erst von ihr aus die Abspaltung erfolgt ist. Diese Zusammensetzung verbindet dann unsere Vorstellung zu einer vereinfachenden Einheit.[45])

Konnten wir nun früher schon aus der Verkörperung der juristischen Person und aus der Rechtsträgerschaft im Sinne der Individualität der juristischen Person eine Rechtserheblichkeit der Mitgliederschaft schließen, so können wir sie jetzt auch innerlich rechtfertigen. Denn es ist nun erst möglich geworden, nachdem wir in der Mitgliederschaft immer noch den Berechtigten zu sehen haben, innere Tatsachen allgemein für rechtsverbindlich zu erklären. Die innere Tatsache wird nämlich meist nur rechtserheblich, wenn sie bei einem Berechtigten vorliegt. Das kann man aber jetzt auch bei der Mitgliederschaft annehmen. Wir sehen uns dabei durch keine positivrechtliche Vorschrift beengt und halten es vielmehr für eine natürliche und notwendige Folgeerscheinung der Rechtsform der Mitglieder, wenn die Mitgliederschaft auch mit ihrem guten oder bösen Glauben rechtserheblich wird, soweit dies nach dem Verhältnis zum Vorstand möglich ist. Ebenso kann man von einer Identität sprechen, wenn z. B. zwei Vertragsgegner aus den gleichen natürlichen Personen bestehen. (S. 19/20.)

Auf die Frage unseres Themas können wir somit zunächst die Antwort geben, daß es an sich unzulässig ist, zwischen Mitgliederschaft und juristischer Person einen Gegensatz zu bilden. Es besteht nur eine teilweise Sonderung. Sie betrifft die Haftung, Verpflichtung, Berechtigung und Handlungsfähigkeit. Insoweit kann man von etwas Selbständigem neben der Mitgliederschaft reden. Im übrigen aber ist sogar der Begriff einer Gleichstellung oder Gleichheit im Grunde genommen unrichtig. Die juristische Person ist Interessenträger nur als Mitgliederschaft und hat menschliche Individualität auch als Mitgliederschaft, da der Vorstand hier nicht vergessen werden darf, der aber, wie wir sehen werden, nur im Umfang eines Vertreters an der menschlichen Individualität der juristischen Person teilnimmt. Etwas Zweites und Selbständiges gibt es daneben nicht. Es kann daher auch nichts gleichgestellt werden und nichts gleich sein, weil „gleich" die Vorstellung gibt, es handle sich um zwei Dinge. Man kann also die Mitglieder gar nicht wegdenken, wie es vor allem in RG 104/370 (S. 13) zum Ausdruck kam. Sie sind Teile der juristischen Person selbst. Man darf daher, wenn eine juristische Person im

45) Vgl. auch Wiel. I S. 408.

Rechtsverkehr auftritt, sich nie lediglich ein abstraktes Wesen vorstellen, sondern stets eine Personengesamtheit, also eine konkrete juristische Person, für die der Vorstand handelt. Im Grunde liegt hier ein ähnlicher Sachverhalt vor, wie wenn der gesetzliche Vertreter eines Minderjährigen handelt. Rechtsträger ist der Minderjährige. Er bleibt mit seiner Individualität für seine Rechtsbeziehungen entscheidend. Ähnlich ist es auch hier.

Wir sind uns im klaren, daß wir gegenüber der herrschenden Ansicht damit personenrechtliche Züge der juristischen Person herausstellen. Doch da wir hier zunächst die Mitgliedergesamtheit rechtserheblich machen, wird die Abweichung unserer Auffassung von der herrschenden Lehre nur bei der EG, FAG und den sonstigen Fällen in Erscheinung treten, in denen sämtliche Mitglieder hinsichtlich der inneren Tatsachen gleichgeartet sind. Die Ergebnisse beider Ansichten werden aber die gleichen sein. Abweichungen können sich höchstens bei der Rechtserheblichkeit lediglich eines Gesellschafters ergeben, der nicht Gesamtheit ist. Davon wird aber erst im dritten Teil zu reden sein. Im allgemeinen kann man daher sagen, daß nur die Begründungen verschieden sein werden. Für die sog. Normalfälle aber wird, wie ich schon oben sagte, die Mitgliedergesamtheit nicht rechtserheblich, weil sie für die konkreten Fälle gleichgültig ist. Das personenrechtliche Element tritt daher dort nicht in Erscheinung.

Mit alledem wird der Unterschied zwischen Gesamthand und juristischer Person nicht aufgehoben. Während bei der Gesamthand die natürlichen Personen Rechtsträger in vollem Umfange sind, gilt dies bei der juristischen Person nicht. Ihre Mitglieder sind es nur zum Teil und höchstens in der Bezeichnung als „eigentliche" Rechtsträger, was aber für den juristischen Rechtsträgerbegriff nicht genügt. Sie haben als natürliche Personen der juristischen Person nicht deren Verfügungs- und Handlungsfähigkeit und stellen lediglich einzelne zum Rechtsträgerbegriff gehörige Elemente. Auch als wir von der juristischen Person als einer Rechtsform der Mitglieder sprachen, wurde diese Einsicht nicht verlassen. Wir nahmen nur eine Bewertung dieser Elemente vor; denn die Verselbständigung der Verfügungs- und Handlungsmacht in der Einrichtung des Vorstands ist nicht zu übersehen, mag dieser auch noch so sehr im Grunde nur dienendes Glied sein. Der neue Rechtsträger wird deshalb auch erst durch die Zusammensetzung geschaffen, und darin liegt seine Selbständigkeit. Gewiß könn-

ten wir eine solche Regelung als nicht unbedingt nötig oder gar etwa bei einer EG als unnötig ansehen. Doch würden wir uns damit vom positiven Recht entfernen. Es ist Sache des Gesetzes, Rechtspersonen zu schaffen, und im übrigen durchaus nicht unnatürlich, wenn, wie es gerade bei der juristischen Person der Fall ist, eine bereits wirtschaftlich verselbständigte Zusammenfassung (Gesellschaft und Unternehmen) rechtlich auch als solche anerkannt wird.

Freilich können wir dabei eine eigentümliche Verdoppelung der Rechtsstellung der natürlichen Personen beobachten. Der Mensch ist nicht nur für seine Privatsphäre Rechtsträger, sondern er kann zugleich auch an der Bildung eines zweiten Rechtsträgers, der juristischen Person, teilnehmen. Er wird in diesem allerdings nicht selbst Rechtsträger — und insofern liegt keine wirkliche Verdoppelung vor —, sondern nur als dessen Verkörperung in einem funktionellen Sinne. Besonders deutlich zeigt sich dies bei der EG. Jedoch dürfen wir uns bei dieser nicht durch den Umstand, daß die EG nur noch als Sondervermögen des Alleingesellschafters erscheint, dazu verführen lassen, in der natürlichen Person einen Rechtsträger als natürliche und juristische Person zu sehen. Die juristische Person bleibt auch hier zusammengesetzte Rechtsperson und der EGer lediglich Inhaber einer Funktion. Natürliche und juristische Personen sind daher stets zwei verschiedene Rechtspersonen, nur darf nicht vergessen werden, daß diese Verschiedenheit nicht durchgehend ist, weil Menschen die juristische Person bilden. Die Verschiedenheit der Rechtspersonen zeigt sich sichtbar am klarsten in der Organisation (Zusammensetzung) der juristischen Person, die der natürlichen Rechtsperson unbekannt ist.

c) Die Lehre und Rechtsprechung.

Die Rechtsprechung[46]) spricht allerdings nicht in so grundsätzlichem Sinn von der juristischen Person als Rechtsform der Mitglieder. Sie verwendet diese Vorstellung nur, wenn es sich um EG und FAG, also um „Ausnahme"fälle handelt. Fraglos zeigt sich bei diesen Gestaltungen der juristischen Person am deutlichsten der Rechtsformcharakter, weil bei ihnen die dem Vorstand gegenüber erfolgende Interessenanvertrauung nur unvollkommen ist und meist das Interesse vom Gesell-

46) RG 146/385.

schafter auch selbst wahrgenommen wird. Die juristische Person zeigt dann natürlich mehr als sonst, daß sie nur dem Gesellschafter dient. Man vergißt hier aber, daß die Rechtsformnatur der juristischen Person eine Qualitätsbezeichnung ist. Jede juristische Person, sofern sie Verband ist, ist Rechtsform der Mitglieder, unabhängig davon, ob das Mitglied sein Interesse persönlich wahrnimmt oder nicht.

Die Lehre scheint bei dem Problem der Gleichstellung nicht genügend bedacht zu haben, daß wir es bei der juristischen Person mit einer sehr eigenartigen zusammengesetzten Rechtspersönlichkeit zu tun haben. So vergaß sie, daß der Vorstand nur für die juristische Person handelt, aber doch nicht ihr Sein repräsentiert. Ferner ist von den Mitgliedern nur das Vermögen abgetrennt worden und nicht etwa „die Interessen, sondern nur die Gegenstände der Interessen".[47]) Freilich mag der Blick, auf die Normal-Gesellschaft gerichtet, eine Rechtserheblichkeit der Mitglieder nicht erfaßt haben. Aber man kann aus der Quantität einer Beobachtung allein die Qualität einer Sache nicht erschließen; denn diese umfaßt bei der juristischen Person auch die Gesellschaft mit rechtserheblichen Mitgliedern.

Immerhin läßt sich meine Auffassung von der juristischen Person als Rechtsform der Mitglieder auch aus der Literatur stützen. Schloßmann[48]) fragte schon, „ob eine Konstruktion der juristischen Person haltbar ist, bei der das für das Leben Bedeutsame vollständig eliminiert und für bedeutungslos erklärt werden darf und statt dessen sich die Existenz der juristischen Person allein betätigt und betätigen soll". Und Preuß spricht davon (S. 451), daß man die natürliche Person nicht wegdenken könne. Gierke nannte die Körperschaft „als das von den verbundenen Einzelwesen getragene und ihnen zugehörige Gemeinwesen".[49]) Heute meint Schlegelberger - Quassowski[50]), „mehr und mehr kommt zum Durchbruch, daß die in der Anerkennung einer juristischen Person notwendig liegende Abstraktion nicht den Blick dafür trüben dürfe, daß immerhin hinter der juristischen Person Menschen stehen, die sie für ihre Zwecke benutzen. Am nächsten meiner Auffassung steht wohl Wolff". Er bezeichnet die juristische Person als eine

47) Wolff S. 169.
48) Schloßmann, Jh. Jb. 44/307.
49) Gierke, D. Pr. R. I S. 479.
50) Schlegelberger-Quass., AG § 1 Anm. 5.

„Abbreviatur“[51]), als eine „rechtstechnische Konstruktion“[52]), und spricht von der Kompetenzverteilung in der juristischen Person.[53])

5. Die Stellung des Vorstandes.[54])

Die Anerkennung der Rechtserheblichkeit der Mitglieder bedarf noch einer Bestätigung durch Prüfung der Stellung, die der Gesetzgeber dem Vorstand gibt. Wir wissen, daß die Lehre und Rechtsprechung den Vorstand nicht nur zum Handlungs-, sondern auch zum Wissensorgan und ganz allgemein zum alleinigen Träger der die AG und GmbH als Ganzes charakterisierenden menschlichen Merkmale macht.[55]) Der Vorstand soll also die Erheblichkeit der Mitglieder ausschließen.

Im Grunde handelt es sich hier um die alte Frage, Organ oder Vertreter. Auch heute noch kann man wohl sagen, daß allgemein im Vorstand noch das Organ gesehen wird. Damit schafft man sich aber wiederum nur eine bildliche Vorstellung, die für viele Verhältnisse zutreffen mag, deren Zugkraft aber den Blick für die wirkliche Stellung des Vorstands trübt. Man sprach von Organ, weil die juristische Person handlungsunfähig sein sollte; denn man wußte nicht, wie anders die Haftung der juristischen Person nach § 31 BGB für das Verhalten des Vorstands erklärt werden sollte. Heute wenden wir § 31 auch auf die OHG an, weil wir eingesehen haben, daß es sich hier um eine reine Zweckmäßigkeitsfrage handelt. Der Streit um die Organschaft hat damit eigentlich seinen Reiz verloren, und Knocke fordert deshalb, man solle zu der natürlicheren Auffassung zurückkehren und die juristische Person als handlungsunfähig ansehen.[56])

Wir haben m. E. im Vorstand einen Vertreter besonderer Art zu sehen. Das Gesetz spricht davon, er habe die Stellung eines gesetzlichen Vertreters; er gleicht diesem darin, daß er seine Vertretungsmacht nicht einem Vertrag, sondern gesetzlichen Bestimmungen verdankt. Er ist auch insofern gesetzlicher Vertreter, als er Handlungen vornehmen kann, die einem gewillkürten Vertreter nicht möglich sind. Anderseits

51) Wolff, II, S. 280.
52) Wolff, II, S. 349; vgl. auch I § 9, S. 158.
53) Wolff, I, S. 167.
54) Vgl. Anm. 57.
55) JW 1911/1013; Gierke, Gen.-Theorie S. 626.
56) Vgl. HdR. III, S. 438.

unterscheidet er sich aber von dem Vertreter schlechthin. Vertreter und Vertretener haben im BGB stets eigene Rechtspersönlichkeit. Anders nun bei der juristischen Person. Zwar ist der Vorstand als natürliche Person für seine Privatsphäre Rechtssubjekt, aber die AG oder GmbH als solche kann ohne Vorstand überhaupt nicht Rechtssubjekt sein. AG und GmbH und Vorstand zusammen sind erst das Ganze, erst das Rechtssubjekt. Wenn der Vorstand tätig wird, dann wird nicht ein Rechtssubjekt für das andere, sondern überhaupt nur e i n Rechtssubjekt tätig. Daraus ergibt sich, daß man hier nicht von einem normalen Vertreterverhältnis reden kann. Damit wird aber nicht die Bildhaftigkeit der Organvorstellung aufgehoben, sondern nur bewiesen, wie richtig dieser Vergleich ist. Will man nun aber über diesen hinausgehen, so muß man die Vorstandsstellung aus der eigentümlichen zusammengesetzten Rechtspersönlichkeit zu erklären suchen. Das führt aber zu dem Vertreterverhältnis zurück.

Der Vorstand ist zunächst Inhaber einer bestimmten Zuständigkeit in der juristischen Person. Nur durch seine Person kann rechtsgeschäftlich für die juristische Person gehandelt werden. Alle anderen können nur als Vertreter ohne Vertretungsmacht oder als gewillkürte Vertreter kraft besonderen Auftrags für die juristische Person tätig werden. Daß der Vorstand die Berechtigungen und Verpflichtungen der juristischen Person wahrzunehmen hat, interessiert für diese spezielle Frage nicht. Mit seiner Handlungszuständigkeit erfüllt aber der Vorstand einen Sachverhalt, wie er auch dem Vertreterverhältnis des BGB zugrunde liegt, ohne allerdings dem dort normierten Tatbestand völlig zu entsprechen. Es charakterisiert den Vertreter, daß etwas nur in seiner Person Liegendes einem anderen, dem Vertretenen, zugerechnet wird. Daher trifft das Handeln des Vertreters den Vertretenen kraft positiv-rechtlicher Vorschrift des § 166, Abs. I. Da aber der Vertreter nicht der Vertretene selbst ist, behält dieser sein eigenes Sein. Er muß daher sein schuldhaftes Handeln und jede andere eigene innere Tatsache gegen sich gelten lassen. Das gleiche Verhältnis finden wir nun grundsätzlich auch bei der juristischen Person. Hier ist der Vorstand ein Teil des Ganzen, und das Ganze liegt in gewissem Sinne außerhalb seiner Person, wenn es ihn auch umfaßt. Deshalb trifft nicht mit Naturnotwendigkeit sein Handeln die juristische Person.[57]) Es bedarf vielmehr wie bei

57) Vgl. Wolff Bd. II, S. 292, 293, 294, 302, 236, 242.

der Vertretung stets einer Zurechnung und einer Zurechnungsform. Wir finden sie in den §§ 71 AG, 35 GmbH und § 166, Abs. I BGB. Es besteht nun kein Anlaß, hier von der dem Vertreterverhältnis entsprechenden Regelung abzuweichen. Man würde sich der Wirklichkeit widersetzen, wenn man glaubt, die Mitglieder übersehen zu können. Das müßte man aber tun, wenn man sie nicht für rechtserheblich erklären will und dem Vorstand das Monopol für sämtliche inneren Tatsachen menschlicher Natur ganz im Gegensatz zum Vertreter des BGB gibt. Es kann doch nicht verkannt werden, daß die Verwandtschaft mit den Mitgliedern der juristischen Person, selbst wenn deren Vorstand nicht verwandt ist, für die Rechtsbeziehung eines Dritten zur Gesellschaft von Einfluß ist, wenn vor dem Konkurs an einen Verwandten ein Vermögensstück der juristischen Person veräußert wird. Ebenso kann der persönliche gute Ruf eines Geschäftsführers nicht hindern, daß der schlechte Ruf der Mitglieder entscheidend wird.

Da wir auf den Vorstand § 166, Abs. I BGB anwenden, sind wir auch dessen Bestimmungen in vollem Umfang unterworfen. Das Wissen und die Willensmängel sind daher nur, soweit sie beim Vertreter vorliegen, entscheidend. Ein böser Glaube der Mitgliederschaft schadet nichts, wenn nur der Vorstand gutgläubig gewesen ist. Das mag man für unbillig halten, entspricht aber dem Willen des Gesetzes. Wir würden übrigens nur eine Schlechterstellung der juristischen Person herbeiführen, wenn wir von § 166 abweichen wollten.

Es fragt sich nun aber, ob auf den Vorstand auch die Vorschrift des § 166, Abs. II angewendet werden kann. Ist also der böse Glaube der Mitgliederschaft rechtserheblich, wenn sie den Vorstand angewiesen hat. In § 166, Abs. II wird eine Anweisung nur bei einem gewillkürten Vertreter bedeutsam, bei einem gesetzlichen Vertreter aber nicht. Der Vorstand hat aber gerade die Stellung eines gesetzlichen Vertreters. Trotzdem dürfen wir aus diesem Grunde nicht kategorisch die Anwendbarkeit des § 166, Abs. II verneinen. Der Gesetzgeber hat die Vielgestaltigkeit der juristischen Personen übersehen und ist von den Fällen ausgegangen, in denen die Mitglieder gar keine Rolle spielen, und hat darauf seine gesetzliche Bestimmung aufgebaut. Es ist ein zwingendes Erfordernis, sonderlich bei der EG, die aus der Verallgemeinerung der Normalfälle hervorgegangene Ungenauigkeit des Gesetzgebers auszugleichen. Formell mag der Vorstand gesetzlicher Vertreter sein, mate-

riell ist er es nur bei einer völlig gleichgültigen Mitgliederschaft. Man darf daher, wenn ein der Anweisung entsprechender Zusammenhang zwischen Gesellschaftern und Vorstand besteht, auch § 166, Abs. II analog anwenden.[58]) Im Ergebnis ergibt also die Stellung des Vorstandes, daß man ihn nur als Handlungs- und Wissensorgan bezeichnen kann, ein Monopol, das jedoch durch § 166, Abs. II eingeschränkt ist.

6. Beispiele.

Einzelne Beispiele sollen nun die Bedeutung der Rechtserheblichkeit der Mitglieder zeigen. Dabei sei noch einmal darauf hingewiesen, daß wir es zunächst nur mit den allen Mitgliedern gemeinsamen inneren Tatsachen zu tun haben. EG und FAG stehen dabei naturgemäß im Vordergrund. Sie sind es aber nicht allein.

Es handelt sich zunächst um die Frage der Identität zwischen juristischer Person und deren Mitgliedern, wenn diese als Dritte in Rechtsbeziehung zur juristischen Person treten. Es steht außer Zweifel, daß zwischen juristischer Person und Mitgliedern Rechtsgeschäfte möglich sind. Das ist eine Konsequenz der verschiedenen Rechtspersönlichkeiten. Deshalb kann ein Grundstück von den Mitgliedern auf die juristische Person übergeeignet werden und umgekehrt. Fraglich ist nur, ob auch die Vorschriften über den Erwerb im guten Glauben anwendbar sind. Diese setzen die Fremdheit der Rechtssubjekte voraus. Wenn aber die Vertragsgegner aus denselben natürlichen Personen nur in verschiedener Rechtsform bestehen, dann liegt Personengleichheit vor. Ich habe oben dargelegt, daß die juristische Person zwar eine eigene, aber doch durch die Mitglieder charakterisierte Rechtsperson ist bzw. nur eine bestimmte Rechtsform der Mitglieder darstellt. Das wird hier entscheidend. Mitglieder und juristische Person sind nicht fremd. Einer Anwendung des § 892 BGB stehen daher nicht nur Zweckmäßigkeits-, sondern auch prinzipielle Gründe entgegen. Das gilt natürlich auch für sonstiges Kennen und Wissen, etwa bei der Mangelhaftigkeit einer Sache.

Aus dem gleichen Gedanken heraus ist der in RG 85/380 behandelte Fall zu entscheiden. Ein nicht termingeschäftsfähi-

---

58) Vgl. auch Griebel S. 70/71.

ger Kläger hatte mit einer EG ein Börsentermingeschäft abgeschlossen, gegen das er den Differenzeinwand zu erheben drohte. Durch eine Vereinbarung mit dem EGer sollte das Geschäft wirksam gemacht werden. Es wurde aber auch hiergegen vorgegangen. Es entstand nun die Frage, ob der Vertrag mit dem EGer mit der gleichen Person wie das Börsentermingeschäft abgeschlossen sei. Nur dann würde auch das zweite Geschäft eine Naturalobligation sein. (§ 59 Börs.-Ges.) Das RG sah in der EG und dem EGer „verschiedene" Personen. Tatsächlich läßt sich das aber nicht aufrecht erhalten.[59]) [60]) — Ebenso ist Diebstahl, Untreue, Unterschlagung der Mitgliedergesamtheit gegenüber ihrer juristischen Person undenkbar. Sie würden sich selbst bestehlen.[61]) Die im Schrifttum herrschende Lehre entscheidet ebenfalls so, wie es hier geschieht. Griebel[62]) weist noch darauf hin, daß bei Vermögensdelikten die Einwilligung die Rechtswidrigkeit ausschließe. Diese muß man aber hier stets annehmen. Die Gläubiger werden insofern nicht geschützt. Es müßte ja sonst ein Diebstahl strafbar sein, selbst wenn der Eigentümer einwilligt, weil ja auch dessen Gläubiger als geschädigt anzusehen wären. Die Gläubiger werden vielmehr bei natürlicher wie juristischer Person in anderer Weise geschützt.

Zu den wichtigsten inneren Tatsachen gehören die Eigenschaften. Wir sahen in der Mitgliederschaft eine Qualität der juristischen Person und sagten, daß auch ihre Eigenschaften rechtserheblich werden könnten. Das gilt z. B. von der Verwandtschaft und von rassischen Eigenschaften. Die bei den Mitgliedern vorliegenden Eigenschaften geben auch der juristischen Person ihre Natur. Deshalb kann im Rahmen des § 31, 2 KO, § 3, 2 Anf.-Ges., 22 Aufw.-Ges. ein Rechtsgeschäft der juristischen Person mit ihren Mitgliedern bzw. Verwandten, die nicht Mitglieder sind, angefochten werden, bzw. ein Vorrang verlustig gehen. Aber auch berufliche Eigenschaften der Mitglieder, wie etwa die Vorstandseigenschaft der Mitgliederschaft (EGer), charakterisieren eben nicht nur diese, sondern die ganze juristische Person, da diese die Züge ihrer Mitglieder trägt. Wenn daher die Aktien einer GmbH gehören, deren EGer Vorstand einer AG ist, so hat die GmbH in der Abstimmung über die Entlastung kein Stimmrecht (vgl. S. 16).

59) Vgl. S. 53. Im übrigen wie bei § 892 (vgl. S. 60).
60) So auch Schreiber S. 34/35, Feine S. 450 Anm. 88, Griebel, S. 120.
61) RG anders. Vgl. RGSt. 42/278.
62) Griebel S. 145/46.

Schließlich können aber auch charakterliche Eigenschaften der Mitgliederschaft rechtserheblich werden wie bei einer Anfechtung (§ 119, Abs. II BGB). Allerdings scheint hier besondere Vorsicht geboten. Die Eigenschaft muß mit dem Geschäftsinhalt in unmittelbarem Zusammenhang stehen.

Auch das Wissen, Kennen und eine Arglist der Mitgliederschaft ist im Rahmen des § 166, Abs. II bzw. 123, Abs. II BGB rechterheblich. Nach diesen Vorschriften soll der Vertretene sich nicht auf die Person des Vertreters berufen können, wenn er selbst in den Abschluß des Rechtsgeschäfts eingegriffen hat. Auch für unseren Sachverhalt schlägt dieser Gesichtspunkt durch. Wie wir S. 53 sahen, ist die Mitgliederschaft als Berechtigte anzusehen. In gleicher Weise gilt es auch für sie als Vertretene. Es ist also der Gedanke der Zugehörigkeit bzw. Rechtsform entscheidend.[63])

Eine weitere Frage ist, ob ein Verschulden der Mitgliederschaft rechtserheblich ist. Bei Verträgen wird als praktischen Fall an die zu vertretende Erfüllungsunmöglichkeit (§ 275 BGB)[64]) und bei unerlaubten Handlungen an eine sich als unerlaubte Handlung darstellende Arglist (§§ 823, Abs. II, 826 BGB) zu denken sein. Die Schuld ist eine innere Tatsache und setzt menschliche Individualität voraus, die wir in der juristischen Person bei Mitgliederschaft und Vorstand gegeben sahen. Da für uns der Vorstand ein Vertreter besonderer Art ist, kann er ebensowenig wie ein anderer gesetzlicher Vertreter die Schuld des „Vertretenen", also der Mitgliederschaft absorbieren. Allerdings darf man nicht vergessen, daß Schuld erst durch eine Handlung zum Tatbestand wird. Wir sahen nun, daß die juristische Person nur durch den Vorstand handeln kann. Doch gilt dies nur für rechtsgeschäftliche Handlungen. Die schuldhafte Handlung hingegen ist rein tatsächlicher Natur und oft unmittelbar sogar nur ein Handeln gegen sich selbst, z. B. wenn man sich eine Erfüllung unmöglich macht. Dafür ist aber eine Vertreterstellung gleichgültig. Allein entscheidend ist die Beziehung von Schuld als innere Tatsache zur Rechtszuständigkeit. Letztere hat die juristische Person, jedoch nur als zusammengesetzte Rechtspersönlichkeit. Deshalb kann aus dem Wesen der zusammengesetzten Rechtspersönlichkeit als Rechtsform der Mitgliederschaft auch ein Ver-

63) Vgl. Griebel S. 70/72, der das Ergebnis billigt.
64) Vgl. RG 104/369; siehe S. 18.

schulden der Mitglieder trotz fehlender eigener Verpflichtung rechtserheblich sein. Griebel[65]) weist als weiteren Grund darauf hin, daß mit der schuldhaften Handlung ein Rechtsvorteil verbunden sein kann. Zum Beispiel bedeutet die Unmöglichkeit als Befreiung von der Leistungspflicht einen Rechtsvorteil, der nur demjenigen zugute kommen soll, der diese nicht selbst herbeigeführt hat. Wenn aber die Mitglieder als solche gehandelt haben, würde der Rechtsvorteil ihnen zugute kommen.[66]) Das Gleiche gilt für unerlaubte Handlungen. Irgendwelche Ersatzansprüche, die etwa durch den Wegfall der Leistungspflicht abgetreten werden müßten (§ 281 BGB), stellen in der Regel kein Äquivalent sowohl für den Dritten als auch für den Verpflichteten und dessen Rechtsvorteil dar. Damit wird praktisch für die Mitgliederschaft eine dem § 31 BGB entsprechende Haftung eingeführt.

Die gefundenen Ergebnisse kann man nicht als unbillig bezeichnen, den Mitgliedern gegenüber nicht, weil die juristische Person ihnen zugehörig ist und die inneren Tatsachen bei ihnen selbst vorliegen. Aber auch den Gläubigern gegenüber ist die Lösung nicht als unangemessen zu empfinden. Freilich wird durch die Rechtserheblichkeit der Mitglieder möglicherweise eine Schlechterstellung der Gläubiger die Folge sein. Es können Pflichten entstehen, sei es nun auf Schadensersatz (§§ 275, 280 BGB), sei es auf erhöhte Haftung (§ 992 BGB) für bösgläubig erlangte Sachen oder überhaupt eine Rückgabepflicht wegen ungerechtfertigter Bereicherung, wenn beispielsweise wegen Bösgläubigkeit eine Sache nicht erworben worden ist, nun aber zurückgegeben werden muß, ohne den gezahlten Kaufpreis erstattet zu erhalten. Das bedingt natürlich eine Schlechterstellung der Gläubiger, da das Vermögen als Vollstreckungsgrundlage geschmälert wird. Doch hat auch hier wiederum Griebel recht, wenn er darauf hinweist, daß unmittelbar von einer Schlechterstellung nicht die Rede sein könne.[67]) Es liegt lediglich eine gewisse Gefährdung vor, da die effektive Schlechterstellung ja erst im Falle eines Konkurses eintreten kann. Überdies besteht für die Mitgliedergesamtheit die Möglichkeit, der juristischen Person Mittel zuzuführen, um die effektive Schlechterstellung zu vermeiden. Dieser Gefährdnung gegenüber hat aber der einzelne Gläubi-

65) Griebel S. 107 f.
66) Vgl. S. 18 ff., 52/53.
67) Griebel S. 111.

ger, der durch die Ablehnung der Rechtserheblichkeit der Mitgliederschaft bei einer Arglist oder Unmöglichkeit benachteiligt sein würde, einen unmittelbaren Vorteil. Das Interesse dieses Gläubigers ist gegenüber der Gefährdung sämtlicher Gläubiger stärker zu bewerten. Im Grunde werden die Gläubiger für die Aussicht auf eine gerechte Behandlung im konkreten Fall eine Gefährdnung als Gläubigergesamtheit in Kauf nehmen.

Teil III.

Die Rechtserheblichkeit innerer Tatsachen bei einem einzelnen Mitglied.

1. Die Natur der Frage.

Wir hatten uns die Untersuchung der Frage, ob auch eine nur einem Gesellschafter eigentümliche innere Tatsache Rechtserheblichkeit hat, vorbehalten (S. 46). Man kann diese Frage auch dahin formulieren, ob ein Mitglied zum Schicksal der übrigen wird, ob z. B. die Verwandtschaft eines Großaktionärs oder eines Kleinaktionärs mit einem Geschäftspartner der juristischen Person hinreicht, § 31, 2 KO der juristischen Person gegenüber anzuwenden. Es handelt sich hier also nicht nur um eine Frage, die den Großaktionär allein betrifft. Von der bürgerlich-rechtlichen Gesellschaft, der OHG wie der Gründungsgesellschaft wissen wir, daß eine innere Tatsache in der Person eines Mitglieds unter Umständen gegen die übrigen Mitglieder wirkt, soweit es nicht auf das Vertretungsverhältnis ankommt. Auch hier kann es sich nur um innere Tatsachen handeln, die nicht dem Vorstand vorbehalten sind (S. 57 ff., 60).

Worum handelt es sich nun hier im Einzelnen? Zweifellos scheiden einzelne Gleichstellungsmöglichkeiten des vorausgegangenen Teils von vornherein aus. Es kann hier nicht mehr von einer Identität zwischen der juristischen Person und einem Dritten im Sinne der Personengleichheit und gleicher Vermögenszugehörigkeit gesprochen werden. Die juristische Person ist ja nicht die Rechtsform eines Einzelnen. Wenn daher ein Gesellschafter — sei es auch der herrschende — mit der juristischen Person ein Rechtsgeschäft als Dritter schließt, so repräsentiert die juristische Person nicht nur den Dritten, sondern auch die übrigen Gesellschafter. Vertragspartner sind daher nicht wesensgleich, sie sind fremd, sind andere. Es finden daher die Vorschriften über den guten Glauben, das Kennen oder Nichtkennen Anwendung (vgl. § 892 BGB). Ebenso liegt keine Intervention eines anderen vor, wenn die Gesell-

schaft das Börsentermingeschäft abgeschlossen hat und der Gesellschafter den Anerkenntnisvertrag. Beide sind dann andere, und das eine Geschäft zieht die Unwirksamkeit des zweiten nicht nach sich. Ebenso kann ein Gesellschafter gegenüber der juristischen Person Diebstahl, Unterschlagung und Untreue begehen. Er verletzt ja nicht nur sein, sondern auch das „Eigentum" seiner Mitgesellschafter (vgl. S. 60 ff.). Hierzu bedarf es keiner theoretischen Begründung.

Bei den übrigen Fällen ist jedoch eine Gleichstellung denkbar. Unser Rechtsgefühl möchte einer GmbH, deren herrschender Anteilsinhaber den Geschäftsführer veranlaßt, ihn in einer AG mit den Aktien der GmbH zu entlasten, das Stimmrecht nehmen, weil dann der Anteilsinhaber über die GmbH doch in Wahrheit Richter in eigener Sache würde (§ 114, Abs. V AG). Ebenso besteht auch ein Verdacht der Benachteiligung, wenn eine GmbH an einen Verwandten des herrschenden Gesellschafters in dem Jahre vor dem Konkurs etwas veräußert (§ 31, 2 KO). Schließlich möchte man aber auch den bösen Glauben sowie eine Täuschungshandlung eines herrschenden Gesellschafters gegen die juristische Person gelten lassen (§ 123, II, § 166, Abs. II BGB).

Wenn man die einzelnen Fälle durchsieht, so erscheint eine Gleichstellung am bedenkenfreisten bei § 114, Abs. V AG. Hier entstehen aus der Gleichstellung keine materiellen Nachteile der juristischen Person. Es würde daher niemand schlechter gestellt werden und es würden insofern Interessen weder der Gesellschaft noch der einzelnen verletzt. Ein wesentlicher Einwand gegen die Gleichstellung würde damit entfallen. Bei den übrigen Sachverhalten ist aber eine Schlechterstellung nicht zu vermeiden. Es kommt daher darauf an, ob die juristische Person und ihre Mitglieder vor ihrem eigenen Gesellschafter geschützt werden sollen oder nicht. Aber auch im Falle des § 114, Abs. V AG kann m. E. noch nicht an eine Freigabe zur Gleichstellung gedacht werden, solange nicht die Rechtfertigung aus dem Verhältnis der juristischen Person zu den übrigen Mitgliedern erfolgt ist (vgl. S. 22 ff.).

Eine Lösung allein mit Hilfe der einzelnen Vorschriften der konkreten Tatbestände ist nicht erreichbar. Das zeigt sich deutlich, wenn man die Rechtsgedanken der einzelnen Vorschriften näher prüft. Es wäre z. B. falsch, den bösen Glauben eines Gesellschafters entscheidend sein zu lassen, weil dieser es war, der die Anweiung zum Kauf an den gutgläubigen Vorstand gab. Das wäre vielleicht damit zu rechtfertigen, wenn

§ 166, Abs. II BGB einseitig auf den Handelnden abstellte; denn man könnte in der Anweisung ja eine indirekte Abgabe der eigenen Willenserklärung sehen. Darauf kommt es aber nicht an. Entscheidend ist über die Anweisung hinaus, daß der Vertretene bösgläubig ist. „Vertreten" wird aber durch den Vorstand die Mitgliedergesamtheit, also auch die Gutgläubigen (S. 24). Deshalb muß, ehe man zur Anwendung des § 166, Abs. II BGB schreiten kann, entschieden sein, ob die innere Tatsache des einen Gesellschafters auch für die übrigen bindend ist, und dadurch „gemeinschaftlich" wird. Das Gleiche gilt für § 123, Abs. II BGB. Der Vertretene muß auch hier täuschen. Bei § 119, Abs. II BGB, § 31, 2 KO, § 114, Abs. V AG liegt es nicht anders. Auch hierwürde der Vorstand als Vertreter auch der Mitglieder, die z. B. Nichtjuden oder Nichtverwandte sind, tätig werden. Es bedarf vielmehr noch einer Rechtfertigung, warum auch die Gesellschafter, auf die die inneren Tatsachen nicht zutreffen, die an diese sich knüpfenden Nachteile zu tragen haben sollen. Das aber ergibt sich nicht aus der Sondervorschrift allein, sondern muß auch aus dem Wesen der juristischen Person beantwortet werden. Die Einzeltatbestände zeigen nur, daß z. B. in den Fällen der §§ 166, Abs. II, 123, Abs. II BGB der Gesellschafter eine gewisse Tätigkeit entfalten muß und sich nicht rein passiv verhalten kann.

Eine unmittelbare ausdrückliche Stellungnahme des Gesetzes zur Frage der Gleichstellung besteht nicht. Wir werden damit vor die Entscheidung gestellt, entweder die Rechtserheblichkeit einer nur in einer Person vorhandenen inneren Tatsache überhaupt zu leugnen, weil wir nur die Mitgliedergesamtheit zunächst als rechtserheblich gefunden hatten (S. 46), oder aus der Gesamtheit der Rechtsnormen zu einer Stellungnahme zu gelangen. Wir glaubten letzteres tun zu müssen. Es kann nicht übersehen werden, daß unser Rechtsgefühl in der oben geschilderten Weise (S. 66) zu Gleichstellungen neigt und dies um so mehr, als ein herrschender Gesellschafter trotz seines bösen Glaubens der Gesellschaft und sich Rechtsvorteile verschaffen kann, deren Erwerb als Mißbrauch einer Rechtsform anmutet. Außerdem kann ein Mitglied die Geschicke der Gesellschaft so sehr in seine Hand nehmen, daß die Handlungen des Vorstands nur noch als die des Gesellschafters erscheinen. Man kann daher die Rechtserheblichkeit nicht einfach bestreiten und eine Gleichstellung ablehnen, ohne in einen peinlichen Gegensatz zur Wirklichkeit zu geraten.

Die Frage hat hier einen anderen Charakter als im vorhergegangenen Teil. Dort sahen wir in der Mitgliedergesamtheit die Verkörperung der juristischen Person. Die Mitglieder stellten gewissermaßen das Material dar, aus dem die juristische Person genommen war. Deshalb war auch eine Eigenschaft oder sonstige innere Tatsache der Mitglieder eine natürliche Eigenschaft der juristischen Person, die die Mitglieder gegen sich gelten lassen mußten, weil sie bei ihnen allen vorlag und die juristische Person ihre Rechtsform war. Sie durften sich daher nicht wundern, wenn sie auch mit den Folgen beschwert wurden. Wir sahen auch, daß alle Rechte und Pflichten der juristischen Person nicht vom Einzelmitglied, sondern der Mitgliedergesamtheit her ihren Sinn erhalten.

Hier ist es nun ganz anders. Nur ein Gesellschafter ist Träger der inneren Tatsache. Er hat zwar auch Interessen und ist ebenfalls Interessenträger und Substanz der juristischen Person, aber er ist nicht der Interessenträger und nicht die Verkörperung der juristischen Person. Diese ist nicht seine Rechtsform. Nur neben anderen trägt der einzelne Gesellschafter dazu bei, die Qualität der ganzen Gesellschaft zu bilden. Er ist nur ein Teil der Mitgliedergesamtheit. Seine Eigenschaft ist daher noch nicht eine Eigenschaft der juristischen Person, wie wir es bei der Mitgliedergesamtheit als möglich erkannten. Das zeigt sich deutlich, wenn er bösgläubig ist, ohne daß es auch die übrigen Mitglieder sind. Eine wirtschaftliche Schlechterstellung erscheint außerdem zunächst nur dann billig, wenn sie aus einem allen Gesellschaftern eignenden Umstand erfolgt. Wollte man z. B. die innere Tatsache eines Gesellschafters entscheidend werden lassen, etwa seinen bösen Glauben, so wäre eine Schlechterstellung der ganzen juristischen Person und damit auch der Gesellschafter etwa durch erhöhte Haft- oder Rückgabepflichten die Folge. Gegenüber dem bösgläubigen Gesellschafter wäre dies angemessen. Bei den übrigen aber kann man dies nicht ohne weiteres behaupten, es sei denn, sie müßten den bei dem einen Mitglied vorhandenen Umstand gegen sich gelten lassen. Dies alles erhärtet das Gesetz damit, daß es den Einzelnen für nicht rechtserheblich hält. Er ist ein auswechselbarer, die Kontinuität des Ganzen nicht berührender Teil. Die innere Tatsache eines Einzelmitgliedes kann daher anders als bei OHG in der juristischen Person nicht ohne weiteres rechtserheblich sein. Sollten wir aber gleichwohl eine innere Tatsache nur eines Gesellschafters gegen alle übrigen rechtserheblich machen, so handelte es sich hier wirk-

lich um eine Frage der Gleichstellung, weil der Einzelne nicht die Gesamtheit ist und es erst durch Gleichstellung wenigstens fiktiv werden könnte (vgl. S. 53). Als Ausgangspunkt für unsere Frage müßten wir daher die Gemeinschaftlichkeit der inneren Tatsachen nehmen.

Wir könnten uns durch diese Betonung der Mitgliedergesamtheit jede weitere Diskussion der Rechtserheblichkeit eines einzelnen Gesellschafters unmöglich gemacht haben. Freilich ist man versucht, zunächst einzuwenden, daß die Mitgliedergesamtheit doch nur entweder gut- oder bösgläubig sein könne, und deshalb stets entschieden werden müsse, welcher Glaube nun rechtserheblich sei. Das würde die Unterstellung bedeuten, daß die Mitgliedergesamtheit stets rechtserheblich sein müßte und das Gesetz einen Grundsatz zu enthalten hätte, mit dem die maßgebende, für die Mitglieder bindende innere Tatsache festgestellt werden könnte. Bei der OHG ergibt sich dies aus der Vertretungsmacht und der eigenen Rechtsträgerschaft. Beides ist aber bei der juristischen Person nicht in gleicher Weise gegeben. Doch liegt hier ein grundsätzlicher Irrtum vor. Die Mitgliedergesamtheit bei der juristischen Person muß ja nicht rechtserheblich sein, wenn ein subjektives Recht an die konkrete Individualität einer Rechtsperson anknüpft. Diese Abweichung von der Rechtsfähigkeit der natürlichen Personen rechtfertigt sich aber nicht nur aus der Natur der zusammengesetzten Rechtspersönlichkeit, bei der ja stets auch noch der Vorstand entscheidend ist, sondern auch aus dem Einheitsgedanken. Nur das Gemeinschaftliche ist grundsätzlich rechtserheblich. Divergenz der inneren Tatsachen ohne Zurechnung ist ebenso unerheblich wie Willensdivergenz ebenfalls ohne Zurechnung (durch Generalversammlungsbeschluß).

Doch haben wir mit dieser Feststellung das Problem nicht vollständig gelöst. Das Gesetz, insbesondere das Recht der juristischen Personen stellt keineswegs immer nur auf natürliche Umstände ab. Die juristische Person ist eine Zusammenfassung. Da sie jedoch nur aus Teilen besteht, die weder stets völlig gleiche Natur haben, noch zu einer psychischen Einheit zusammengeschweißt werden können, muß sich das Recht besonderer Mittel bedienen, um über die natürliche Vielheit hinaus eine Einheit zu schaffen. Vor allem benützt es dabei die Fiktionen. Wir sagen, daß die juristische Person ein Rechtsgeschäft abschließt, daß sie einen Willen äußert. Ohne Fiktion schließt aber nur der Vorstand ab und er äußert in der

Regel nur seinen Willen. Ebenso sprechen wir von dem gemeinschaftlichen Willen der Generalversammlung.[1]) Tatsächlich aber ist der Wille der Generalversammlung nicht der aller Mitglieder, sondern nur der in ihr siegreich hervorgegangene Wille meist eines herrschenden Gesellschafters, den das Recht fiktiv den Willen sämtlicher Gesellschafter nennt, weil er für alle bindend geworden ist. Der „gemeinschaftliche" Wille ist daher in der Regel in natürlichem Sinne nur Einzelwille. Diese Eigentümlichkeit der juristischen Personen kann auch hier von Bedeutung sein. Es ist möglich, daß wir nicht von einer inneren Tatsache als einer natürlichen gemeinschaftlichen sprechen können, wohl aber doch in einem fiktiven Sinne. Freilich müssen dann zwingende Gründe die innere Tatsache eines Einzelmitglieds für die übrigen bindend machen. Es sei hier zunächst nur erwähnt, daß unser Rechtsgefühl uns zu einer Gleichstellung eines Gesellschafters mit der juristischen Person nur bei herrschenden Gesellschaftern neigen läßt, daß das RG (Bd. 146/385) und in bestimmten Fällen das AG nur bei herrschenden Gesellschaftern eine derartige Gleichstellung vornimmt (§§ 51, 65, Abs. VI, 114, Abs. VI AG). Wir müssen daher hier die Frage der Gleichstellung weiter prüfen. Sie wird durch die Möglichkeit einer fiktiven Gemeinschaftlichkeit nun zu einer Zurechnungsfrage; da das Gesetz sich nicht selbst dazu äußert, müssen wir im Wege der Auslegung eine Antwort zu geben suchen.

2. Die Zurechnung im geltenden Recht.

Unsere Gesetze über juristische Personen regeln allgemein für die Mitglieder nur die Zurechnung des Willens und Interesses. Die Mitglieder müssen oft ihren Willen äußern, z. B. bei der Festsetzung der Dividendenhöhe oder bei Satzungsänderungen. Wie wir sahen, hat jeder einen eigenen Willen und eigene Interessen. Es muß daher, wenn der Wille der Gesamtheit festgestellt werden soll, ein einheitlicher Wille gefunden werden. Das Gesetz regelt die Willensfindung durch das Abstimmungsprinzip. Der aus dieser als Majorität hervorgegangene Wille gilt dann als der gemeinschaftliche. Das bedeutet, daß jeder, der überstimmt wurde, ihn nun gegen sich gelten, d. h. sich zurechnen lassen und auf seine eigenen Interessen oder eigenen Willen verzichten muß. Meist ist der gemein-

1) Vgl. Wolff I, S. 164.

schaftliche Wille allerdings nur der des größten Anteilinhabers. In der GV setzt sich also der Stärkere durch, was freilich nicht den reichlich theoretischen Fall ausschließt, daß dieser Stärkere infolge Fehlens anderer Mitglieder ein allein abstimmender Kleinaktionär ist. Immerhin ist der Grundsatz dieser Zurechnung die einfache Übermacht.

Man könnte nun daran denken, diese Zurechnungsart unmittelbar auf die inneren Tatsachen zu erstrecken. Es sei hier an den Fall gedacht, daß ein bösgläubiger Großaktionär allein mit seinen Stimmen dem gutgläubigen Vorstand eine Anweisung in Form eines Generalversammlungsbeschlusses gibt, von einem Dritten ein Haus zu kaufen, der zwar im Grundbuch als Eigentümer eingetragen ist, es aber in Wahrheit nicht ist. Praktisch bedeutsam wird dies, wenn, wie es geschehen ist[2]), die außerhalb der Generalversammlung erfolgende Anweisung einem Generalversammlungsbeschluß gleichgestellt wird. Hier mit dem Willen auch die inneren Tatsachen zuzurechnen, hieße aber, einen doppelten Fehler begehen. Der eine war schon genannt. Der angewiesene Vorstand wird nicht als Vertreter des Anweisenden, sondern aller Mitglieder tätig. Er vertritt daher auch die Überstimmten, die Abwesenden und die Gutgläubigen (S. 24, 67). Es würde aber auch die Natur eines GV-Beschlusses, wie die der inneren Tatsachen verkannt. In der GV wird durch Abstimmung festgestellt, welcher Antrag, welcher Wille gemeinschaftlich werden soll; es wird aber nicht abgestimmt, wessen Wille es werden soll. Mit anderen Worten, es setzt sich in der GV immer nur der abstrakte Wille und nicht zugleich der Willensinhaber, also die jeweilige Persönlichkeit durch. Nun haften aber innere Tatsachen nicht dem Antrag, sondern der Person an. Über die innere Tatsache kann daher in dem GV-Beschluß überhaupt nicht entschieden worden sein. Sie bleibt unberührt, und von ihrer Zurechnung kann daher keine Rede sein.

Es fragt sich nun, ob nicht durch freie Übereinkunft oder Satzung eine Zurechnungsregelung erfolgen kann. Wir haben hier vor allem an Familien- und Strohmanngesellschaften zu denken. Von dem normalen Typus der juristischen Personen unterscheiden sich diese Gesellschaftsarten erst, wenn ihre Mitglieder in besonderer Weise zusammengefaßt werden (S. 27). Freilich ist dies nicht stets der Fall, insbesondere nicht bei Familiengesellschaften. Wie bei den Strohmann-

2) Griebel S. 110.

gesellschaften die Strohmänner zugunsten des eigentlichen Gesellschafters auf gewisse Rechte verzichten, so geschieht dies auch bei Familiengesellschaften häufig zugunsten eines besonders hervorgehobenen Familienmitglieds. Das Mittel dieser besonderen Gestaltung kann ein Vertrag, aber auch eine Satzungsänderung sein. Meist werden größere Entscheidungsmacht und andere Privilegien eingeräumt, woraus sich eine Einschränkung der Mitverwaltungsrechte der übrigen Gesellschafter ergibt. Derartige Regelungen enthalten aber meist nur einen Verzicht auf die Wahrnehmung der besonderen Interessen des Mitglieds, kaum jedoch auf die Interessen selbst. Das kann allenfalls bei Strohmanngesellschaften der Fall sein. Erst recht erscheint es aber unmöglich, durch Verzicht sich innere Tatsachen anderer zurechnen zu lassen. Einmal hätte keiner der Beteiligten ein Interesse an einer derartigen Regelung, weil beide sich nur des in der Abweichung der inneren Tatsachen der Mitglieder liegenden Schutzes begeben würden. Warum sollte man darauf verzichten, daß ein böser Glaube nur bei der Mitgliedergesamtheit rechtserheblich ist? Aber davon ganz abgesehen, muß man es überhaupt als unmöglich ansehen, durch innerrechtliche Gestaltung die Zurechnung selbst zu ordnen. Sie ist der Parteiendisposition entzogen. Es wäre ja sonst möglich, eine Bösgläubigkeit zu beseitigen, indem man einfach vereinbart, daß der gute Glaube eines von den Gesellschaftsangelegenheiten ferngehaltenen Strohmanns der Gesellschaft zugerechnet werden soll. Man würde damit in zwingendes Recht eingreifen. Es muß daher daran festgehalten werden, daß eine Zurechnung nur Sache des Gesetzes sein kann.

Das neue Aktiengesetz kennt eine Zurechnung innerer Tatsachen. Es regelt sie freilich nicht allgemein, sondern nur für einzelne Fälle, z. B. ist sie in § 114, Abs. VI AG enthalten. Es wird dort bestimmt, daß das Stimmrecht nicht ausgeübt werden kann, wenn die Aktien einem abhängigen Unternehmen gehören. Der Rechtsgedanke ist dabei, daß das Stimmrecht den Mitgliedern vorbehalten ist. Die AG als die Zusammenfassung der Mitglieder kann aber nicht wieder selbst ihr eigenes Mitglied sein und hat daher kein Stimmrecht. Dieser Gedanke wäre leicht zu umgehen, wenn die Gesellschaft durch Mittelsmänner, z. B. durch eine an sie gebundene juristische Person, stimmen könnte. Deshalb haben auch abhängige Gesellschaften kein Stimmrecht.

Dem Gesetzgeber kommt es nicht auf den Umfang der Abhängigkeit im Einzelnen an. Es ist auch nicht nötig, daß die

abhängige Gesellschaft in irgendeiner Weise etwa für das herrschende Unternehmen tätig ist. Es braucht also wirtschaftlich zwischen herrschenden und abhängigen Unternehmen keine Aufgabenverbindung zu bestehen.[3]) Es genügt vielmehr die jederzeitige Möglichkeit, das abhängige Unternehmen nach seinem Willen leiten zu können, soweit diese nicht bloß vorübergehend besteht. Im konkreten Fall kann sich daher die Abhängigkeit in dem Verhältnis der beiden Gesellschaften zueinander lediglich in der Beeinflussung des Stimmrechts äußern.

Wie verträgt sich aber nun die Abhängigkeit mit der eigenen Rechtspersönlichkeit der abhängigen Gesellschaft? Das AG stellt auf die Abhängigkeit des Unternehmens und nicht nur einzelner Personen ab. Auf die Mittel, die diese Abhängigkeit garantieren, legt es keinen Wert, obwohl diese sehr verschiedener Art und nicht ohne Bedeutung gerade für unser Problem sind. Die Abhängigkeit trifft wirtschaftlich gesehen in ihren Wirkungen zwar immer die ganze juristische Person, als Vorgang betrachtet aber in einigen Fällen doch erst, weil der Gesetzgeber die Wirkung des § 114, Abs. VI AG daran knüpft, also nicht kraft der Grundkonstruktion der juristischen Person. Die Abhängigkeit kann nämlich in einer Verpflichtung gegenüber der herrschenden Gesellschaft, in Satzungsbestimmungen, Personalunionen und vor allem, und dies in der Regel, in der Beteiligung bestehen, die den Einfluß stimmenmäßig gewährleistet. Diese Mittel geben der Abhängigkeit im Einzelnen ihre Besonderheiten. Verträge, Satzungsbestimmungen, Personalunionen treffen stets die ganze juristische Person und sind für die Mitgliedergesamtheit bindend, mag sie im Einzelnen damit einverstanden gewesen sein oder nicht. Würde die Abhängigkeit nämlich durch Satzungsänderungen geschaffen, so müssen die Überstimmten den Majoritätswillen gegen sich gelten lassen, oder ruht sie in Verträgen, so ergibt sich die Bindung aus der Vertreterstellung des Vorstands. Ebenso bei der Personalunion.

Anders steht es bei den Beteiligungen. Hier steht die Abhängigkeit in Widerspruch zur Grundkonstruktion der juristischen Personen; denn nicht die Mitgliederschaft, sondern nur ein Mitglied ist Träger der Herrschaft bzw. der Abhängigkeit. Daß ein Mitglied mit dem herrschenden Unternehmen identisch ist und der ganzen juristischen Person seine Individualität aufdrücken kann, ist zunächst nur ein faktischer Sach-

3) Vgl. Schlegelberger § 15, Anm. 17.

verhalt. Die AG und GmbH ist mit ihren Rechten und Pflichten von der Mitgliedergesamtheit aus zu erklären. Die juristische Person hätte daher hier an sich so lange Stimmrecht, als nicht die Mitgliedergesamtheit mit dem herrschenden Gesellschafter identisch ist. Eine Abhängigkeit allein würde daher von diesem Standpunkt aus noch nicht genügen, das Stimmrecht zu entziehen. Obwohl der herrschende Gesellschafter für jede Gesellschaft sehr wichtig ist, so verbietet doch die rechtliche Konstruktion der AG, die Gesellschaft ihm völlig gleichzustellen, weil in der AG auch die Rechte der Mitglieder gewahrt werden müssen. Wenn nun entgegen dieser Grundhaltung des Gesetzes sich der Gesetzgeber in § 114, Abs. VI AG doch den tatsächlichen Verhältnissen beugt, so tut er dies nicht nur, um hier auf Kosten der Minderheit Recht und Wirklichkeit in Übereinstimmung zu bringen, sondern er sieht offensichtlich in der Reinerhaltung gewisser Grundlagen des Aktienrechts den zwingenden Grund, von seiner sonstigen Stellungnahme abzuweichen und die innere Tatsache eines Gesellschafters zu der des Ganzen zu machen und damit den übrigen Mitgliedern zuzurechnen.

Freilich soll damit nicht verkannt werden, daß der Gesetzgeber nicht nur auf den Umfang der Beteiligung abstellt. Erst wenn die Ausnützung der in der Beteiligung liegenden Macht zu einer Herrschaft des Gesellschafters und der Abhängigkeit der juristischen Person geführt hat, wird der Gesellschafter rechtserheblich und mit der juristischen Person gleichgestellt. Während also in Teil II die Mitgliedergesamtheit ohne Rücksicht auf die Ausnützung ihrer Macht rechtserheblich wurde, gilt dies hier nicht. Anderseits wäre es aber wiederum falsch, zu übersehen, daß es mit der Abhängigkeit nicht allein getan ist, sondern daß hier die juristische Person als Rechtsform nicht nach der Mitgliedergesamtheit, sondern nach einem Mitglied beurteilt wird. Es ist also eine Zurechnung in diesem Sachverhalt vorhanden.

Man könnte hiergegen allgemein einwenden, daß der Vorstand, der sich der Herrschaft eines Gesellschafters beugt, damit in seiner eigenen Person den Umstand „Abhängigkeit" schaffe, den die Mitgliedergesamtheit ebenso sehr gegen sich gelten lassen müsse, wie wenn der Vorstand die juristische Person (und damit die Mitgliedergesamtheit) dem herrschenden Gesellschafter etwa durch Vertrag verpflichtet hätte. Man würde also sagen, daß gar keine Zurechnungsfrage zwischen den Mitgliedern bestünde, wenn man nicht die aus der Vertre-

terstellung sich ergebende Zurechnung des Vorstandsverhaltens meint. Es wäre aber eine Verkennung der Tatsachen, die Abhängigkeit als eine Folge einer Eigenschaft des Vorstands anzusehen, wenn in Wahrheit doch der Gesellschafter herrscht und die Abhängigkeit begründet.

Man darf m. E. festhalten, daß die Individualität eines Einzelmitgliedes unter der Voraussetzung, daß er die AG beherrscht, zum Zweck der Reinerhaltung des Wesens des Stimmrechts hier rechtserheblich wird. Das Gleiche gilt zu ähnlichen Zwecken für § 51 und 65, Abs. VI AG. Bemerkenswert ist dabei, daß auch bei dieser Zurechnung wieder wie bei der Abstimmung ein Machtfaktor entscheidend wird.

3. Die Gleichstellung des herrschenden Gesellschafters.

Uns geht es nun darum, auch für andere Fälle eine derartige Zurechnung vorzunehmen, insbesondere dann, wenn der Vorstand den ganzen Sachverhalt gar nicht kennt, also vor allem bei einer Anweisung eines bösgläubigen Gesellschafters oder bei Arglist (§ 166, Abs. II, § 123, Abs. II BGB), schließlich aber auch, wenn ein Gesellschafter mit dem Geschäftspartner der juristischen Person verwandt ist (§ 31, 2 KO) oder eine bestimmte berufliche Eigenschaft hat, wie etwa die Vorstandseigenschaft (§ 114, Abs. V AG).

M. E. ist es in derartigen Fällen nicht zu umgehen, die inneren Tatsachen des herrschenden Gesellschafters den übrigen Gesellschaftern zuzurechnen. Mit anderen Worten, es muß der im 2. Abschnitt geschilderten Identität der Gesamtheit der Mitglieder mit der juristischen Person (S. 53) die Gleichstellung des herrschenden Gesellschafters mit ihr hinzutreten.

a) Der Beherrschungssachverhalt.

Die Mitglieder vertrauen ihre Interessen durch Gründung oder ihren Beitritt zur AG bzw. GmbH der Wahrnehmung des Vorstands an. Jedoch wird damit nicht radikal eine eigene Interessenwahrnehmung ausgeschlossen. Sie sollte ursprünglich in der Generalversammlung erfolgen. In Übereinstimmung mit deren praktischen Entwertung hat das neue AG aber die Generalversammlung als Mittel der Interessenwahrnehmung zurückgedrängt und stärker als je den Vorstand in den Vordergrund gestellt. Es soll nun die Geschäftsführung, d. h. die

Interessenwahrnehmung allein durch den Vorstand erfolgen. Die Mitglieder müssen daher eigentlich insofern sich völlig dem Vorstand mit ihren Interessen anvertrauen und auf deren eigene Wahrnehmung verzichten. Dieser Gedanke entspricht aber keineswegs stets der Wirklichkeit. Es kommt vielmehr darauf an, welche konkrete Gestalt eine AG angenommen hat. Unbeschränkt herrscht er dort, wo wirklich die Mitgliederschaft sich aus dem breiten Publikum zusammensetzt. Sobald jedoch eine größere Beteiligung in einer Hand liegt, wächst mit dem Umfang der anvertrauten Interessen auch das Interesse an dem Betrauten selbst. Deshalb kann das RG mit Recht von dem überanteilsmäßigen Interesse eines herrschenden Gesellschafters an der Gesellschaft sprechen.[4])

Dieses größere Interesse äußert sich in stärkerer Verbundenheit mit dem Unternehmen und aktiver Anteilnahme am Leben der Gesellschaft, aber schließlich auch in der Beeinflussung des Vorstands. Zunächst mögen es nur Ratschläge und Hinweise sein, die dem Vorstand in der Freiheit seiner Geschäftsführung keine Fesseln anlegen und die sogar erwünscht sind, um aus dem Aktionär einen wirklichen Gesellschafter zu machen. Es kann sich aber das überanteilsmäßige Interesse an der Gesellschaft auch zu einer Einflußnahme steigern, die man nur noch als Herrschaft über die Gesellschaft bezeichnen kann und die den Vorstand, wenn auch nicht theoretisch, so doch praktisch an den Gesellschafter bindet. Diese Einflußnahme wird noch dadurch vermehrt, daß mit der Zurückdrängung der Generalversammlung sich die Möglichkeit für den Kleinaktionär, zur Geltung zu kommen, weiter verringert hat.[5])

Der Unterschied zwischen den einzelnen Formen der Anteilnahme liegt für unseren Zusammenhang darin, daß trotz der Ratschläge und Hinweise der Vorstand in vollem Umfange selbst handelt. Seine Tätigkeit ist dann in keiner Weise durch die Stellung des Gesellschafters bedingt. Im Falle der Herrschaft sind jedoch die Handlungen des Vorstands vom Gesellschafter so sehr bestimmt, daß sie auch durch ihn individualisiert erscheinen. Die juristische Person wird hier, anstatt eine Rechtsform der Mitgliedergesamtheit zu sein, zur Geschäftsführungsform eines Mitglieds, wie das RG sich ausdrückte.[6])

---

4) RG 130/340.

5) Vgl. Müller-Erzbach, Jh. Jahrb. 1938, Bd. 51, S. 93.

6) 130/343, Aufw. RSpr. 1928/1049, 143/429, 146/385.

Die Tatsache der Herrschaft ist m. E. eine natürliche Erscheinung, die nur dann ungesund wird, wenn man aus ihr nicht die richtigen Konsequenzen zieht. Jedenfalls darf man vor ihr nicht die Augen verschließen. Das AG hat dies auch nicht getan. Es ist sich vielmehr voll bewußt, daß das gesellschaftliche Leben sich nicht bloß in der Verbindung von Generalversammlung und Vorstand, sondern daneben auch in einer unmittelbaren bestimmenden Einflußnahme des herrschenden Gesellschafters auf den Vorstand vollzieht. Der Gesetzgeber hat diesen Einfluß auch praktisch anerkannt, indem er in § 101 AG seine Auswüchse bekämpfte und vor diesen die Mitglieder schützte, im übrigen aber radikale Konsequenzen aus dem Geschäftsführungsmonopol zum Schutz des Vorstands nicht zog. In § 101 AG wird zwar nicht vom herrschenden Gesellschafter gesprochen; aber von einer Bestimmung des Vorstands durch einen Gesellschafter kann doch nur dann die Rede sein, wenn der Vorstand sich bestimmen läßt. Das ist aber z. B. auch beim herrschenden Gesellschafter der Fall.

Die Herrschaft eines Gesellschafters mag rechtspolitisch nicht erwünscht sein, ist aber gleichwohl eine kaum zu vermeidende Erscheinung, die im übrigen durchaus nicht nur nachteilig zu sein braucht. Der Kleinaktionär ist ihr allerdings stets ausgeliefert. Doch liegt darin nichts Überraschendes. Wir haben ja schon gesehen, daß die Majorität die Entscheidung über die Zweckmäßigkeit der Interessenverfolgung in der Generalversammlung hat. Dadurch, daß der Gesetzgeber in § 101 gegen die Beeinflussung des Vorstands nur vorgeht, soweit sie schädlich wird, hat er auch eine außerhalb der Generalversammlung erfolgende Interessenwahrnehmung nach Herrschaftsgrundsätzen praktisch anerkannt. Der Kleinaktionär muß daher die Tatsache der Herrschaft eines Gesellschafters genau so gegen sich gelten lassen, wie es in einer Generalversammlung der Fall wäre. Über die Interessenverfolgung wird daher stets der herrschende Gesellschafter entscheiden. In der Regel haben die Kleinaktionäre sich nicht nur mit diesem Schicksal abgefunden, sondern sie erwarten auch gar nicht mehr. Ihr Interesse beschränkt sich darauf, ihr Kapital- und das damit zum Ausdruck gebrachte Gewinn-Interesse durch die Organisation der AG verfolgt zu wissen. Anderseits sehen sie sich gegen schädigende Verfolgung von Sonderinteressen geschützt (§ 101 AG).

b) Die Gleichstellung.

Das Gleichstellungsproblem entsteht nun nur bei einem herrschenden Gesellschafter, da nur er seine Individualität der juristischen Person aufzwingen kann. Die Ratschläge und Hinweise eines Kleinaktionärs sind nach außen ohne Bedeutung. Unser Rechtsgefühl verlangt hier nicht darnach, sie rechtserheblich zu machen. Es wäre dies auch im höchsten Grade unpraktisch, da es auf eine intensivere Anteilnahme am gesellschaftlichen Leben nur abschreckend wirken müßte, wenn man beispielsweise in jedem Hinweis bereits eine Anweisung sehen wollte. Auch die Vermutung einer Benachteiligungsabsicht im Sinne des § 31, 2 KO besteht hier nicht.

Erst beim Beherrschungstatbestand möchte man der Herrschaft eine Haftung und Verantwortung entsprechen lassen und in der oben (S. 66) bezeichneten Weise auch innere Tatsachen zurechnen. Hier ist es gerechtfertigt, weil die juristische Person durch den herrschenden Gesellschafter gekennzeichnet erscheint. Eine Ausdehnung der Haftung bzw. Verpflichtung auf den Gesellschafter ist jedoch ebenso wenig möglich wie bei der Mitgliedergesamtheit. Sie widerspräche der Grundkonstruktion der juristischen Person völlig (S. 10, 47 ff.). Es kann sich daher auch hier wiederum nur um die Gleichstellung und Zurechnung innerer Tatsachen handeln.

Der Gesetzgeber rechnet zunächst offenbar grundsätzlich nur bei herrschenden Gesellschaften zu. Wir sahen dies an der Generalversammlung und beobachteten es am § 101 AG auch außerhalb der Generalversammlung und hinsichtlich der inneren Tatsachen in den Fällen der §§ 114, Abs. VI, 51, Abs. I, 65, Abs. V AG. Hier haben wir eine Übereinstimmung des Gesetzgebers mit den Sachverhalten im vollen Umfange festzustellen.

Nun können wir aus § 114, Abs. VI AG entnehmen, daß der Gesetzgeber eine Zurechnung innerer Tatsachen eines herrschenden Gesellschafters nicht grundsätzlich ablehnt. Es wird im Schrifttum eine Weiterverwertung des in den §§ 114, Abs. VI, 51, Abs. I, 65, Abs. V AG enthaltenen Rechtsgedankens zugelassen.[7]) Deshalb kann zunächst gesagt werden, daß eine Zurechnung innerer Tatsachen bei herrschenden Gesellschaftern nicht ausgeschlossen ist. Nur tritt sofort als nicht zu trennende Voraussetzung hinzu, daß ein wichtiger Grund gegeben sein muß,

7) Vergl. Schlegelberger-Quass. § 15 Anm. 11, S. 149.

von der Grundkonstruktion der AG abzuweichen und über die Interessen der Minderheit hinwegzugehen. Die Tatsache der Herrschaft allein genügt also nicht. Sie mag es bei der Willensbildung sein, bei den inneren Tatsachen tut sie es nicht (S. 70/71).

Es sind nun hier verschiedene Gründe zu nennen, die eine Gleichstellung zulassen. Wir machten schon oben (S. 75) die Unterscheidung zwischen §§ 123, Abs. II, 166, Abs. II BGB und § 31, 2 KO und § 114, Abs. V AG. Letztere Bestimmungen erfordern bereits ihrem Inhalt nach eine Gleichstellung. Die Vermutung der Benachteiligung und der Befangenheit bei der Abstimmung besteht bei herrschenden Gesellschaftern ebenfalls. M. E. darf schon dieser Grund genügen, als Voraussetzung der Gleichstellung zu gelten. Auch das RG billigt in 146/385 für § 114, Abs. V dieses Ergebnis. Zu § 31, 2 KO hat das RG noch nicht Stellung genommen. Jedoch gilt, was für § 31, 2 KO gesagt ist, auch für § 3, 2 Anf.G. und für § 22 Aufw.G. In Entscheidung 130/340 hat das RG (vgl. oben S. 17) aber den Rechtsgedanken des § 22 Aufw.G. als Grund der Gleichstellung gebilligt, nachdem es auch dort keine grundsätzlichen Bedenken gegen die Zurechnung zunächst allgemein festgestellt hatte. Hinzu kommt aber auch hier noch ein Grund, der vor allen Dingen für die übrigen Fälle entscheidend wird.

Die Tätigkeit des herrschenden Gesellschafters würde sich vielfach als ein Mißbrauch der Rechtsform darstellen, wenn man nicht zur Gleichstellung innerer Tatsachen schritte. Ich sagte oben, daß die Herrschaft eines Gesellschafters eine natürliche Erscheinung ist (S. 77); zieht man aber aus ihr nicht die Konsequenz einer Gleichstellung, dann wird sie ungesund und die ganze AG und GmbH gerät in Mitleidenschaft. Es wäre z. B. ein Mißbrauch, wenn der herrschende Gesellschafter einen Rechtsvorteil erlangt, nur weil er, selbst bösgläubig, dem gutgläubigen Vorstand anweisen oder einen Dritten arglistig täuschen konnte. Hier entspräche es seiner überanteilsmäßigen Beteiligung am Gesellschaftsleben, den wahren Sachverhalt aufzuklären und damit gegen alle wirksam zu machen. M. E. braucht man jedoch gar nicht eine derartige Pflicht fordern, sondern sieht in dem Mißbrauch den triftigen Grund, von der Möglichkeit einer Zurechnung Gebrauch zu machen.

Dieses Ergebnis rechtfertigt sich auch aus der Interessenlage zwischen den übrigen Gesellschaftern und im Verhältnis zu Dritten. Wollte man z. B. daran festhalten, daß der herrschende Gesellschafter ja nicht der „Vertretene“ ist (S. 67), so

wäre eine unmittelbare Schlechterstellung des Dritten z. B. durch den gutgläubigen Erwerb die Folge, und es bliebe der Eindruck eines vollen Mißbrauches der Rechtsform. Richtiger erscheint es hier, den herrschenden Gesellschafter mit seinem Verhalten gegen die übrigen Gesellschafter genau so gelten zu lassen, wie es bei der Willensbildung und Interessenwahrnehmung der Fall ist. Es kann dies schon aus der allgemeinen Vorrangstellung des herrschenden Gesellschafters heraus den Mitgliedern zugemutet werden. Im übrigen besteht zwar eine Interessenverletzung und damit eine gewisse Schlechterstellung der anderen Mitglieder durch die Anerkennung der Rechtserheblichkeit des Verhaltens des herrschenden Gesellschafters. Was aber entscheidend ist, die Interessen der Mitglieder werden hier erst mittelbar getroffen, wenn infolge der Bösgläubigkeit z. B. des herrschenden Gesellschafters größere Haftungspflichten entstehen oder auch bei einer Arglist desselben (des herrschenden Gesellschafters) Schadensersatzansprüche gegen die Gesellschaft erwachsen. In der Regel äußert sich die darin enthaltene Schlechterstellung nur in einer Verringerung der Aussicht auf Dividendenbezug und natürlich in einer Verminderung des Betriebskapitals, die aber die Mitglieder nicht unmittelbar schädigt. Der Dritte hingegen erleidet einen unmittelbaren Schaden. Bei ihm liegt daher auch das schutzbedürftigere Interesse. Auch vom Standpunkt der übrigen Gesellschaftsgläubiger aus lassen sich keine Einwendungen erheben. Ihre Interessen werden nur im Konkurs gefährdet (S. 63).

Man könnte nun befürchten, daß durch eine Rechtserheblichkeit des herrschenden Gesellschafters und die damit verbundene Ausdehnung der Haftung der Gesellschaft die Neigung, Mitglied einer AG oder GmbH zu werden, sich verringern müßte. Doch besteht diese Vermutung nicht zu Recht. Eine solche Haftungsausdehnung würde doch nur vereinzelt sein. Die Gesellschafter aber würden ein solches Risiko wohl in Kauf nehmen.

Freilich kann nicht übersehen werden, daß die übrigen Gesellschafter sich des herrschenden nicht entledigen oder sich vor ihm schützen können, wie es beispielsweise in der OHG denkbar ist. Ebenso hat auch die Gesellschaft kein Mittel, für eine vom herrschenden Gesellschafter ausgegangene Schlechterstellung sich an ihm schadlos zu halten. § 101 AG bietet meist keinen Schutz, da es sich ja nicht um Sondervorteile handeln wird. Ebenso wenig werden wohl unerlaubte Handlungen vorliegen. Zu denken wäre höchstens an eine vom Ge-

sellschafter verschuldete Unmöglichkeit der Gesellschaft, die etwa in einer Beschädigung oder Zerstörung des Erfüllungsgegenstandes bestehen könnte. M. E. kann hier nur durch Belebung von Treuepflichten eine Abhilfe geschaffen werden.[8]) Aber auch von diesen Einwendungen abgesehen, erscheint es doch richtiger, der Gesellschaft anstatt dem Dritten die Nachteile eines mißbräuchlichen Verhaltens eines herrschenden Gesellschafters aufzubürden.

Diese Gleichstellung unterscheidet sich freilich sehr weitgehend von der des zweiten Teils. Dort war die „Gleichstellung" eine Erscheinung, die unmittelbar aus der Rechtsform abgeleitet werden konnte. Hier können wir uns lediglich auf die allgemeine Fähigkeit des Menschen, Träger innerer Tatsachen zu sein, berufen und zu einer Gleichstellung allein bei den Tatbestandsmerkmalen der Herrschaft und eines wichtigen Grundes gelangen. Der Zusammenhang mit der Mitgliedergesamtheit läßt sich deshalb auch nur wahren, wenn wir hier von fiktiver Gemeinschaftlichkeit sprechen. Für den Umfang dieser Gleichstellung war schon oben (S. 65) eine Einschränkung gemacht worden. Sie kann hier nur soweit reichen, als Rechtsmißbräuche vorliegen oder Sondervorschriften dazu zwingen. Deshalb kann man auch nicht sich für die Nichtanwendung des § 892 BGB einsetzen (vgl. S. 60), wenn auf der Seite des Veräußerers und des Erwerbers eines Grundstücks der herrschende Gesellschafter beteiligt ist. Da die Vertragspartner verschiedene natürliche Personengesamtheiten sind, sind sie einander fremd. Erst mit Hilfe einer Fiktion, indem wir den herrschenden Gesellschafter an Stelle der Gesamtheit setzen, könnten wir über die Personenverschiedenheit hinweggelangen. Doch zwingt uns nichts, in dieser Weise vorzugehen. Für den guten Glauben sind die Mitglieder erst dann rechtserheblich, wenn sie eine Anweisung erteilen. Enthält sich daher der herrschende Gesellschafter eines solchen Eingriffs, dann bleiben nur die jeweiligen Vorstände entscheidend. Auf den Gesellschafter kommt es dann gar nicht an. Aus diesem Grunde, aber auch weil in einem solchen Sachverhalt gar kein Mißbrauch einer Rechtsform enthalten ist, brauchen wir hier nicht gleichzustellen.

Es könnte nun noch zweifelhaft erscheinen, welchen Umfang die Herrschaft haben muß, welcher Anteil genügt und welcher nicht, und wie man etwa einen Fall zu beurteilen

8) Vgl. Klausing, AG S. 71 ff.

hätte, bei dem in einer Generalversammlung eine Anweisung auch mit Stimmen gutgläubiger Mitglieder erteilt würde. Man würde in unüberwindbare Schwierigkeiten geraten, wenn man die Beteiligungsverhältnisse festlegen wollte. Es wäre das aber auch unsachlich. Der Tatbestand der Herrschaft ist feststellbar und das Gesetz nennt ihn selbst. Die Beteiligungshöhe hat keine entscheidende Bedeutung. Größere wie kleinere Kapitalien können eine gleich zu beurteilende Herrschaft ausüben, je nachdem wie die Minderheit verteilt ist. Wichtig ist nur, daß man von einer Herrschaft in dem Sinne sprechen kann, daß der Gesellschafter seinen Einfluß der Gesellschaft auch aufzwingen kann.

Man hat die Betonung auch nicht auf die Ausübung der Herrschaft zu legen. Häufig ist sie nötig, z. B. bei der Anweisung oder bei der Stimmenabgabe, während die Benachteiligungsvermutung auch ohne Ausübung der Herrschaft besteht. Es kommt auf den jeweiligen Tatbestand hierbei an.

Nach alledem scheint mir eine Gleichstellung des herrschenden Gesellschafters mit der juristischen Person gerechtfertigt zu sein. Freilich gibt es genug Gegengründe, wie wir sahen. Es muß daher der Einzelfall auf die Tragbarkeit und Notwendigkeit einer Gleichstellung beim herrschenden Gesellschafter noch vorsichtiger geprüft werden, als dies bei inneren Tatsachen der Fall ist, die sämtlichen Mitgliedern gemeinschaftlich ist.

Schluß.

Da wir in der juristischen Person nur einen zusammengesetzten Rechtsträger sahen, den wir mit einem vereinfachenden Einheitsbegriff bezeichnen, ist es nicht möglich, bis in die letzten Konsequenzen die juristische Person von ihren Mitgliedern zu trennen. Wir dürfen vielmehr die Mitgliedergesamtheit als einen Teil der juristischen Person ansehen, dem auch nach außen soweit Rechtserheblichkeit zukommt, als das subjektive Recht auf menschliche Individualität abstellt. Das gilt aber zunächst nur für die Gesamtheit der Mitglieder und nicht für ein Einzelmitglied. Die juristische Person ist immer Gesamtheitsbehandlung. Jedoch müssen innere Tatsachen herrschender Gesellschafter der Gesamtheit zugerechnet werden, wenn Rechtsmißbräuche vorliegen oder Rechtsgedanken von Einzelvorschriften zu einer Gleichstellung zwingen. Mit alledem haben wir den Begriff der selbständigen Rechtsperson nicht aufgehoben. Im Unterschied zur bisherigen Anschauung denken wir nur die Mitglieder nicht weg und beschränken sie nicht auf die Tatsache der bloßen Mitgliedschaft, sondern lassen sie an der juristischen Rechtspersönlichkeit teilnehmen, zwar nicht haftend, sich verpflichtend, berechtigend oder handelnd, wohl aber im Hinblick auf bestimmte Seiten ihrer Individualität, im Hinblick auf „die inneren Tatsachen".

Lebenslauf.

Ich, Theodor von Zezschwitz, wurde am 17. November 1913 als Sohn des Oberstleutnants a. D. und Geschäftsführers Dr. rer. pol. Hermann von Zezschwitz und seiner Frau Dorothea, geb. von Trebra-Lindenau in Dresden geboren. Bis zum Frühjahr 1933 besuchte ich das Staatsgymnasium zu Dresden-Neustadt. Nach meiner Reifeprüfung trat ich in den freiwilligen Arbeitsdienst ein. Vom November 1933 an studierte ich Rechtswissenschaft, zunächst zwei Semester in Leipzig und anschließend sechs Semester in München, wo ich im Herbst 1937 die Referendarprüfung ablegte. Vom 1. November 1937 bis 1. Mai 1938 war ich Referendar am Amtsgericht Radeberg bei Dresden. Im November 1938 trat ich in die Verwaltungslaufbahn über.